

LES CLAUSES D'INDEXATION
ET LES ORDONNANCES DU 30 DÉCEMBRE 1958
ET DU 4 FÉVRIER 1959

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 29 mars 1962

PAR

JEAN-PAUL DOUCET

MEMBRES DU JURY :

Président : M. H. MAZEAUD, Professeur

Suffragants { M. J. FLOUR, Professeur
 { M. J. CARBONNIER, Professeur

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot (V°)

PARIS

—
1965





Digitized by the Internet Archive
in 2026

**LES CLAUSES D'INDEXATION
ET LES ORDONNANCES DU 30 DÉCEMBRE 1958
ET DU 4 FÉVRIER 1959**

UNIVERSITE DE PARIS
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

LES CLAUSES D'INDEXATION
ET LES ORDONNANCES DU 30 DÉCEMBRE 1958
ET DU 4 FÉVRIER 1959

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 29 mars 1962

PAR

JEAN-PAUL DOUCET

MEMBRES DU JURY :

Président : M. H. MAZEAUD, Professeur

Suffragants { M. J. FLOUR, Professeur
M. J. CARBONNIER, Professeur



LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot (V°)

PARIS

—
1965

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*

INTRODUCTION

1. — Les Codes napoléoniens ont été conçus en fonction d'un postulat de stabilité monétaire ; leurs rédacteurs étaient en effet persuadés que le franc, relié au système métrique, devait être tout aussi invariable que le sont les autres unités de mesure. Tous les désordres monétaires de l'Ancien Régime et de la Révolution, dont ils avaient subi les inconvénients, leur paraissaient ne devoir plus jamais se produire. Le franc était considéré comme ayant acquis à tout jamais une valeur constante. Sur cette base monétaire stable on pouvait penser établir un corps de règle sans faille.

La monnaie occupe en effet une place privilégiée dans tout rapport de droit ; elle se manifeste directement dans la majorité des cas et demeure présente, à l'état de virtualité, partout où elle n'est pas expressément invoquée. Toute obligation peut en effet se résoudre en une obligation de somme d'argent (1).

Mais l'abandon de la monnaie d'or et les fluctuations monétaires qui lui succédèrent ont été la cause d'un bouleversement complet des conditions d'application de ces Codes et des lois postérieures. Le franc, qui avait jusqu'alors joué le rôle à lui dévolu, s'est trouvé dans l'impossibilité de le remplir plus longtemps.

2. — En règle générale, de nos jours, les fluctuations monétaires se traduisent par une baisse de valeur de la monnaie ; c'est pourquoi les auteurs parlent habituellement de dépréciation monétaire, les deux formules ont acquis une identité de fait. Il convient

(1) Ainsi que le fait remarquer M. le Doyen CARBONNIER, *Droit civil*, T. II, (3^e éd.), n^o 5, p. 10 : « Tout, dans notre civilisation juridique, s'exprime en monnaie, tout vaut tant. Derrière chaque obligation (cf. article 1142), chaque bien, et même chaque personne (que l'on songe à l'éventualité des accidents corporels), le droit aperçoit d'avance les dommages-intérêts qui pourront les représenter quelque jour, et les dommages-intérêts, ce sont des sommes d'argent. »

cependant de garder toujours présent à l'esprit que les réévaluations posent les mêmes problèmes que les dévaluations. Il n'est pas inutile d'apporter cette précision puisque deux pays du Marché Commun viennent de revaloriser leur monnaie : le deutsche mark a été réévalué le 5 mars 1961 de 5 % (1), le florin hollandais l'a été, dans les mêmes proportions, le 7 mars. Or, ces revalorisations n'ont fait que sanctionner une hausse de valeur, sur le plan international, de ces monnaies. Rien ne peut interdire de penser qu'un jour la France, dans des circonstances favorables, suivra cette voie.

3. — Actuellement, bien sûr, il ne saurait en être question ; notre économie est trop profondément engagée dans la voie de l'inflation pour que l'on puisse l'imaginer. Depuis 1914, notre pays est soumis à ce que l'on a pu appeler un véritable « régime débiteur » (2). Mais la dépréciation que nous connaissons en France présente des caractères spécifiques. Ce qui la rend à nulle autre pareille, c'est qu'elle est profonde et indéfiniment continuée (3). Ce n'est pas dire pour autant qu'elle diffère fondamentalement de celles qui règnent dans les autres pays. En conséquence, les moyens de lutte contre ses effets devront être ceux du droit commun, affectés toutefois de modalités propres à tenir compte du particularisme de la situation.

4. — D'une manière générale, la dépréciation monétaire ne fait que marquer l'un des épisodes de la lutte entre l'Etat, qui veut assurer sa domination, et les particuliers, qui entendent préserver leurs libertés fondamentales (4), parmi lesquelles la liberté monétaire tient une place particulièrement importante puisqu'elle conditionne toutes les autres. Or la dépréciation constitue le moyen le plus subtil pour l'Etat de s'assurer des ressources. Elle produit, d'une manière insensible au premier abord les effets d'un impôt (5), ou, à tout le moins, ceux d'un emprunt à long terme, et procure sans

(1) Cf. H. ASZKENAZY, *La réévaluation du Deutsche Mark*, Banque, 1961, 219.

(2) J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 9, p. 25.

(3) J. CARBONNIER, préface citée *in fine*.

(4) En ce sens : Ch. RIST, *Histoire des doctrines relatives au crédit et à la monnaie*, p. 501 : « L'histoire monétaire du XX^e siècle — en raison des deux grandes guerres mondiales — peut se résumer en une lutte entre les Gouvernements, d'une part, qui cherchent à se rendre maîtres de la monnaie et, d'autre part, les particuliers et les entreprises essayant de retrouver au milieu du chaos monétaire un étalon stable capable de servir de réserve de valeur. »

(5) Ainsi E. SCHKAFF, *op. cit.*, p. 20, signale que « le moyen d'imposer les citoyens par la dépréciation de la monnaie a été une politique courante depuis que Rome l'a découverte ».

délai d'importantes sommes à l'Etat. Son action s'avère même, à certains égards, plus efficace que les procédés fiscaux habituels ; elle porte en effet non seulement sur les revenus, mais encore sur le capital (tout au moins sur les capitaux mobiliers).

Cependant, et c'est peut-être le plus grave reproche que l'on puisse lui faire, elle ne bénéficie pas toujours à l'Etat ; bien souvent elle a pour principal effet d'avantager certains particuliers au détriment de leurs cocontractants. On assiste ainsi à une véritable expropriation pour cause d'intérêt privé ; cette expropriation ne donnant pas lieu à indemnité ressemble d'ailleurs, à s'y méprendre, à une spoliation. Outre ses conséquences morales désastreuses, cette situation produit pas ailleurs des effets fort regrettables sur le terrain juridique.

5. — On ne compte plus les domaines où l'instabilité monétaire a faussé le jeu des règles juridiques (6). Sécurité et équité ne sont plus que de vains mots dans tous les rapports de droit présentant une certaine durée dans le temps et devant se résoudre par le paiement d'une somme d'argent. Autonomie de la volonté, immutabilité des conventions et force obligatoire des contrats ont vu leur autorité affaiblie dans une mesure inquiétante. La ruine du crédit impose de plus en plus fréquemment les paiements au comptant (7) ou, tout au moins, la substitution de prestations en nature aux prestations en argent (8).

Ainsi, dans de nombreuses conventions sont stipulées des clauses de paiement en un certain bien ou produit. Ces clauses, connues sous le nom de clauses denrée nature, sont habituellement tenues pour des clauses d'indexation. Mais c'est là une extension abusive. En effet, dans de telles clauses, ce n'est pas seulement la monnaie de compte légale que est écartée, mais aussi la monnaie de paiement légale. En l'absence d'indice (monnaie de compte contractuelle), on ne peut plus parler de clause d'indexation.

A l'inverse, on remarquera que la dépréciation monétaire a rendu une vérité nouvelle à l'adage « *res mobilis, res vilis* ». Les

(6) Voir, sur l'ensemble de la question, l'ouvrage collectif dirigé par le Professeur Durand, avec la préface de M. le Doyen CARBONNIER, *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, Paris, 1961.

(7) Par exemple, l'article 832 nouveau, dernier alinéa, du Code civil impose, dans certains cas, au bénéficiaire d'une attribution préférentielle de payer comptant la soulte éventuellement due.

(8) Ainsi est-ce sans doute à l'influence de la dépréciation monétaire que l'on doit une certaine méfiance envers les rentes viagères et un renouveau très net du bail à nourriture. Mais n'est-ce pas là un retour à une économie d'échange, donc un signe de décadence juridique inquiétant ?

biens immeubles, contrairement à la majorité des biens meubles, ne perdant pas de valeur, ce sont à nouveau eux qui assurent la stabilité du patrimoine familial (9).

6. — De tels effets ont créé un certain climat de méfiance qui écarte les contractants des engagements à long terme. On saurait d'autant moins en être surpris que le besoin de sécurité paraît être l'un des traits caractéristiques du XX^e siècle (10). Les particuliers se refusent à courir le risque d'une dépréciation de la monnaie et demandent à être protégés contre la baisse de valeur de l'unité monétaire, baisse d'autant plus dangereuse qu'elle ne se traduit que sur le plan des faits.

La protection que l'on peut envisager de leur accorder se présente soit sous un aspect curatif soit sous un aspect préventif. De toute manière il s'agit de limites apportées au principe selon lequel seule la valeur faciale de la monnaie doit être prise en considération, c'est-à-dire au principe nominaliste. Les différentes techniques possibles n'assurent cependant pas la même sécurité.

7. — Le procédé le plus efficace consiste à admettre que, pour tout règlement, c'est à la valeur réelle de la monnaie qu'il convient de se référer. Il s'agit alors d'un valorisme général qu'il appartient au seul législateur de promouvoir. Ses dangers sont tels et si connus qu'il n'a jamais été retenu en France. Un degré au dessous, on retrouve ce valorisme légal, mais limité à certains domaines particuliers (par exemple aux rentes viagères). Ces dernières années de nombreux textes sont intervenus en ce sens.

En cas de carence du législateur on a pu se demander si les tribunaux ne pouvaient se voir reconnaître le même pouvoir de protection des créanciers. A ce point de vue deux questions se posent : les juges peuvent-ils faire prévaloir le valorisme sur les stipulations nominalistes d'une convention — c'est le problème de l'imprévision — ou retarder au jour du paiement la date de la détermination des prestations monétaires dues — c'est le problème de la date d'évaluation.

8. — Mais ces procédés curatifs n'offrent qu'une sécurité relative puisqu'ils demeurent à la disposition des pouvoirs publics ou des magistrats, c'est pourquoi les particuliers préfèrent se tourner vers des remèdes préventifs qui ne dépendent que d'eux, en

(9) Si les juristes affirment toujours que cet adage est périmé, les particuliers semblent être d'un avis différent. Peut-être est-ce à cette opinion que l'on doit une recrudescence très nette des formes parallèles de substitutions fidéicommissaires.

(10) P. DURAND, *Cours de sécurité sociale*, 1959-1960, p. 59.

pratique vers les clauses d'indexation. L'indexation s'affirme depuis quelques années comme le meilleur moyen de protection des particuliers contre la dépréciation monétaire (11). Elle se retrouve pour cette raison dans tous les pays atteints par ce mal (12). Les individus isolés, ceux qui ne peuvent s'appuyer sur un syndicat ou un ordre professionnel, trouvent en elle la meilleure protection possible (13).

L'efficacité de ces clauses est cependant variable ; elle est fonction du choix qui a été opéré par les contractants entre les divers types de formules qui s'offrent à eux. Il existe en effet de nombreuses variétés de clauses d'indexation, chacune répondant à des besoins différents. Cette diversité rend difficile l'énoncé d'une définition générale. La Cour de Montpellier a néanmoins tenté récemment (14) de le faire :

« L'indexation est le fait de rattacher, en prévision de la variation des prix, la somme portée au contrat à des indices, c'est-à-dire à des grandeurs choisies comme base de la variation des prix, des produits ou services retenus dans la clause d'indexation. »

Cette définition encourt deux critiques. En premier lieu elle fait dépendre l'indexation de l'existence d'un état inflationniste, ce qui est manifestement démenti par les faits (15) ; les clauses d'indexation ne présentent pas nécessairement un caractère monétaire. En toute période, certains types de clauses peuvent être utiles. On doit donc se garder de l'erreur commune qui consiste à n'étudier l'indexation que dans un contexte inflationniste.

En second lieu, on peut reprocher à cette définition d'omettre l'un des caractères essentiels des clauses d'indexation : l'automatisme. On a pu dire, en effet, mettant l'accent sur cet élément, que l'indexation « est un procédé d'assurance dont le mécanisme est automatique » (16).

9. — La clause qui affecte la somme due d'un indice sans présenter ce caractère d'automatisme n'est pas une clause d'indexation

(11) En ce sens : R. SAVATIER, *Rép. Not.*, 1948, p. 169, n° 5 : « Contre l'instabilité monétaire le remède classique consiste dans les clauses d'échelle mobile. »

(12) En ce sens : F.A. MANN, *op. cit.*, p. 131 : « Recent tendencies clearly indicate that index clauses are acquiring practical importance to an increasing extent. » M. VASSEUR, *loc. cit.*, *Rev. Eco.*, 1955, p. 275 : « En tout pays l'indexation apparaît comme le remède essentiel à la dépréciation monétaire. »

(13) En ce sens : M. VASSEUR, *loc. cit.*, *R.T.D.C.*, 1952, 431.

(14) Montpellier, 22 décembre 1959 (inédit).

(15) Nous trouverons des exemples d'indexations utilisées en période de stabilité monétaire ci-dessous, n° 169 et 373.

(16) H. GUITTON, *Le problème économique de l'indexation*, *Rev. Eco.*, 1955, p. 187.

au sens propre, mais une clause de révision (17). Tel est le cas par exemple d'une clause qui prévoit que le montant d'un loyer devra être révisé lorsque l'indice aura varié de plus de 10 %. Le jour où cette condition se trouve remplie, en effet, le loyer n'est pas automatiquement majoré, mais une discussion doit obligatoirement s'ouvrir en vue de lui fixer un nouveau taux. Une telle clause est fondamentalement différente des clauses d'indexation. Sans doute se trouve-t-on bien, dans les deux cas, en présence d'un paramètre, mais, alors que la clause d'indexation détermine sans intervention extérieure le montant nouveau de la dette, la clause de variation n'a pour effet que de permettre à l'une des parties d'en demander la révision (18). La clause d'indexation, plus efficace, paraît préférable à la clause de révision ; cependant, en pratique, celle-ci, par sa souplesse, présente certains avantages ; c'est pourquoi elle est très fréquemment employée en droit administratif (19).

10. — En droit privé, au contraire, les clauses d'indexation sont de loin les plus courantes. Elles se présentent au reste sous des formes très diverses. Depuis B. Nogaro (20) on a coutume de distinguer entre les clauses monétaires et les clauses économiques.

Les clauses monétaires sont au nombre de quatre : clauses-or, clauses-valeur or, clauses-devise étrangère et clauses-valeur devise étrangère. Elles se caractérisent toutes par le fait qu'elles font appel comme étalon de valeur à une monnaie n'ayant pas cours légal en France. Mais elles doivent être divisées en deux groupes. Les clauses-or et les clauses-monnaie étrangère présentent en effet cette particularité, comme les clauses-denrée nature, d'éliminer la monnaie légale tout à la fois comme monnaie de compte et comme monnaie de paiement. Elles ne sont dès lors pas réellement des clauses d'indexation, contrairement aux clauses-valeur or ou valeur monnaie étrangère.

Les clauses économiques, ou clauses d'échelle mobile, apparues plus tardivement, peuvent elles aussi être classées en deux caté-

(17) Sur ce point, voir J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 497, n° 150.

(18) Sur la distinction entre les deux types de clauses, cf. p. ex. : Pau, 10 juillet 1958, G.P. 1958.II.207 ; Trib. civ. Seine, 16 juillet 1952, D. 1953, somm. 45 - 8 décembre 1953, Act. Jur. Loy., 1954.II.58 ; Trib. Gde Inst. Seine, 13 février 1960, Rev. Loy., 1960.213. Dans cette dernière espèce il était prévu que l'application de l'indice serait subordonnée à la demande de l'une des parties. Le tribunal a considéré qu'il s'agissait bien cependant d'une clause d'indexation puisque la somme due n'avait pas, en toute hypothèse, à être débattue.

(19) Cf. M. WALINE, *op. cit.*, n° 990 et suiv., p. 549. A. de LAUBADÈRE, *op. cit.*, T. II, n° 768 et suiv.

(20) B. NOGARO, *La clause payable en or*, R.T.D.C., 1925, p. 5.

gories. On peut en effet opposer aux clauses-valeur denrée, où le paiement est fonction du prix d'un certain produit, ou d'un nombre limité de produits, les clauses indicielles où la somme due est déterminée par les variations d'un coefficient correspondant à un niveau plus ou moins général des prix.

11. — La multiplication et la perfection croissante de ces clauses ont été cause de longues et âpres discussions relatives à leur validité. Les opinions les plus diverses ont été avancées, elles allaient d'une admission générale à une prohibition complète. La raison profonde de cette diversité d'opinion paraît provenir de ce que l'indexation soulève des problèmes tant juridiques que monétaires et économiques. Or, si les premiers ont été très tôt étudiés, les derniers sont beaucoup moins connus. Ils doivent cependant être abordés par priorité puisque, indexer, c'est choisir une monnaie de compte et que la monnaie est au centre de la vie économique.

Cette précaution, nécessaire à la compréhension des problèmes posés par l'indexation, n'a pu être prise pendant longtemps par suite de l'insuffisance des connaissances économiques. C'est ce qui explique que la théorie générale de l'indexation n'a pu être élaborée qu'à une époque relativement récente, après de longues hésitations et grâce à une intervention tardive du législateur.

Cette longue insuffisance de la théorie générale de l'indexation s'est traduite dans les faits par une certaine indétermination du régime auquel doivent être soumises les clauses d'indexation. A défaut de bases de raisonnement certaines, de nombreuses questions de mise en œuvre se sont posées qui ne reçoivent que lentement une réponse.

Partant de ces remarques, et suivant l'enchaînement de ces questions, nous étudierons successivement, après avoir rappelé les données monétaires et économiques, la théorie générale de l'indexation (Première partie) puis le régime juridique des clauses d'indexation (Deuxième partie).

CHAPITRE PRELIMINAIRE

Les données monétaires et économiques.

12. — Les questions monétaires, a-t-on coutume de dire, sont au centre des préoccupations des économistes, leur importance est tout aussi grande sur le plan juridique ; elles ont d'ailleurs depuis longtemps retenu l'attention des auteurs. La grande majorité des problèmes juridiques présente en effet un aspect monétaire, ne serait-ce que pour cette raison que toute obligation peut se résoudre en une obligation monétaire.

Mais il faut bien constater que si les économistes ont poussé très avant l'étude des phénomènes monétaires, les juristes ne les ont en revanche trop souvent abordés qu'incidemment et non à titre principal. C'est pourquoi les premiers en ont acquis une connaissance bien plus précise que les seconds. N'est-il pas souhaitable dans ces conditions que les juristes fassent appel aux conclusions auxquelles sont arrivés les économistes ?

Les auteurs sont en désaccord sur ce point. M. M. Vasseur (1) le pense. Il estime que « le domaine du droit monétaire n'est point un champ clos qui soit soumis aux seules investigations des juristes, mais un domaine indivis entre les juristes et les économistes ». Le Doyen Ripert, cependant, nous a mis en garde contre les effets d'une telle conception (2) : « Le droit s'occupe des rapports entre les hommes, les sciences ne connaissent pas les hommes, mais les nombres. Si le juriste veut établir des lois sur les nombres, il est obligé de dédaigner l'humain ».

(1) M. VASSEUR, *Le droit des clauses monétaires et les enseignements de l'économie politique*, R.T.D.C., 1952, p. 431.

(2) G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris 1955, p. 42.

13. — En fait il serait inconcevable que les juristes ignorent délibérément les études faites par les économistes, celles-ci peuvent en effet leur être de la plus grande utilité (3). Il n'en reste pas moins vrai qu'ils ne doivent y faire appel qu'avec une certaine prudence, les deux disciplines se placent en effet sur des plans différents. Les économistes considèrent la monnaie en elle-même, pour sa valeur et son rôle propre, alors que les juristes voient en elle un bien qui présente ce caractère particulier d'être, par excellence, un objet de contrat. Cette opposition technique se double d'une différence de conception fondamentale qui interdit toute transposition d'office : le droit privé s'en tient à un idéal de justice commutative, l'économie politique, proche en cela du droit public, a plutôt tendance à se référer à une justice distributive (4). Les juristes ne peuvent donc pas accepter sans examen les enseignements de l'économie politique. Dans la mesure où il est nécessaire de faire appel à l'économie politique, il ne faut le faire qu'en tenant compte de cette différence de conception.

14. — Juristes et économistes s'entendent pour donner une définition fonctionnelle de la monnaie bien qu'ils emploient une terminologie différente. Ils distinguent trois fonctions. En premier lieu, la monnaie est la commune mesure de la valeur de tous les biens et services qui sont offerts sur le marché, c'est elle qui permet de déterminer, d'une manière simple, la valeur de chaque chose ou de chaque prestation. Lorsqu'elle joue exclusivement ce rôle, elle prend le nom de monnaie de compte, elle constitue alors dans la terminologie juridique un instrument d'évaluation (5), et dans la terminologie économique une mesure de valeur (6).

Elle est d'autre part un intermédiaire dans les échanges, une contrepartie très souple qui a permis de dépasser le stade du troc. Lorsque son rôle est ainsi délimité on parle de monnaie de paiement, elle est alors pour les juristes un moyen de paiement, et pour les économistes un instrument d'échange (7).

(3) En ce sens, J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. II (2^e éd.), p. 25 : « A l'heure actuelle, la généralisation de l'indexation pose aux juristes un problème qu'il serait téméraire de vouloir résoudre sans prendre conseil de l'économie politique. » — J. NOIREL, *loc. cit.*, n^o 6 : « Il n'est pas possible de dégager de solutions valables au problème étudié sans examiner de très près les conséquences, non seulement monétaires, mais économiques, des solutions proposées. »

(4) P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, p. 272 et suiv.

(5) J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. II, (3^e éd.) n^o 3, p. 19. J. HAMEL, *Cours de droit civil approfondi*, 1938-1939, p. 113.

(6) L. BAUDIN, *Manuel d'économie politique*, T. II (2^e éd.), p. 11.

(7) Certains auteurs estiment que cette fonction l'emporte sur les deux autres. En ce sens : F.A. MANN, *The legal aspect of money* (2^e éd.), Oxford,

Elle permet enfin la conservation des valeurs. L'importance pratique de cette fonction est essentielle. C'est elle qui donne à la monnaie sa dimension dans le temps ; c'est elle qui est à la base de tout le droit du crédit et de l'épargne ; c'est elle enfin qui permet l'existence des contrats à prestations différées. Les économistes la qualifient de réservoir de valeur, cette expression nous paraît plus heureuse que celle d'objet de propriété, trop vague, utilisée habituellement par les juristes.

Pour que la monnaie assure le jeu normal des institutions il faut qu'elle remplisse intégralement ses trois fonctions.

Mais il ne suffit pas pour définir la monnaie d'en indiquer les fonctions, il faut pousser l'analyse plus loin et chercher à en connaître la nature (8). L'essence de la monnaie, a-t-on dit (9), est la valeur. C'est l'origine de cette valeur qu'il convient de déterminer. On en discute depuis plusieurs siècles. Deux théories ont longtemps été les grands pôles d'attraction : la théorie métalliste et la théorie étatique ; ce dualisme a été rompu récemment par l'avènement de la théorie psycho-sociologique.

a) *La conception métalliste de la monnaie.*

15. — Selon les tenants de cette théorie, ce qui donne sa valeur à la monnaie c'est sa substance propre (10). Dans cette conception la monnaie est une marchandise. Or la marchandise qui s'est révélée être la plus adéquate est l'or. Ce métal présente en effet des qualités uniques : il est suffisamment rare pour être précieux, il est homogène, inattaquable et malléable, toutes caractéristiques qui font de lui un moyen de paiement idéal. Son aspect en fait de plus un réservoir de valeur particulièrement appréciable. Si l'or a supplanté l'argent c'est que ce dernier métal s'est révélé être beaucoup plus commun qu'on ne l'avait longtemps pensé. La seule vraie monnaie pour ces auteurs est donc la monnaie métallique ; le billet de banque n'en est qu'un substitut commode, mais sans valeur propre.

Les auteurs modernes critiquent généralement cette conception. Tout d'abord, font-ils remarquer, de nombreux billets circulent actuellement qui ne sont reliés ni directement ni indirectement à

1953, p. 6. « Modern economic theory tends to the view that this cardinal function of money is that of serving as a universal medium of exchange ». Cf. les références citées.

(8) Sur la théorie juridique de la monnaie voir : J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 5, pp. 10, 11 et 28 ; J. HAMEL, Cours cités *in fine* ; J. HAMEL, *Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie*, Mélanges Sugiyama, 1940, p. 83 et suiv.

(9) L. BAUDIN, *op. cit.*, p. 12. En ce sens : F.A. MANN, *op. cit.*, p. 24.

(10) Cf. p. ex. : A. MATER, *Traité juridique de la monnaie et du change*, Paris, 1925. Ch. RIST, *Histoire des doctrines relatives à la monnaie et au crédit*.

un métal précieux et qui, cependant, remplissent les fonctions d'une monnaie véritable (11). La monnaie ne tient donc pas obligatoirement sa valeur de sa substance. D'autre part, on peut à juste titre se demander si la monnaie, loin de recevoir sa valeur du métal précieux, ne lui confère pas une valeur bien supérieure à celle qu'il devrait avoir (12). De nombreux auteurs le pensent; ils font remarquer que si le prix de l'or se maintient à un niveau constant, c'est que les banques américaines achètent tout l'or qui leur est présenté à 35 dollars l'once de fin et que, au cas où elles changeraient de politique, il se produirait un effondrement des cours, la production mondiale étant trop importante par rapport aux besoins industriels et artistiques (13). D'autres enfin font remarquer que la monnaie étant un moyen d'échange ne peut être en même temps un objet d'échange, ce qui revient à dire que la monnaie ne peut être considérée comme une marchandise (14).

16. — Ces critiques sont d'une valeur inégale, la première paraît de loin la plus intéressante. Elle met en effet en relief que la valeur de la monnaie ne vient pas tant de sa substance que du prix que les particuliers y attachent. Elle nous montre que le problème est subjectif et non objectif et que, en conséquence, c'est dans l'attitude des particuliers qu'il faut en rechercher la solution (15).

Il ne faut pas pour autant sous-estimer l'importance du rôle de l'or en matière monétaire. Il reste actuellement la seule monnaie internationale (16). Même sur le plan interne il conserve, à tout le moins, le rôle de réservoir de valeur (17). C'est pourquoi il a encore

(11) NUSSBAUM, *Money in the law national and international*, Brooklyn, 1950, p. 4. J. MARCHAL, *Cours d'économie politique*, licence 2^e année, 1958-1959, p. 8. L. BAUDIN, *op. cit.*, p. 13.

(12) P. BESSE, *Institutions et mécanismes monétaires*, Cours de l'I.E.P., 1958-1959, p. 20.

(13) En ce sens : L. BAUDIN, *op. cit.*, p. 16. H. GUITTON, *Economie politique*, T. II, p. 119 (Daloz, 1957). On remarquera à l'encontre de cette seconde critique que l'amenuisement actuel du stock d'or américain n'a pas entraîné une baisse sensible du prix de ce métal. Sa valeur vient donc de facteurs particuliers que nous aurons à déterminer.

(14) En ce sens : F.A. MANN, *op. cit.*, p. 21.

(15) En ce sens : P. DIETERLEN, *Le Traité de Rome et le problème monétaire*, Banque, 1960, p. 693 : « Le régime étalon-or dans les pays qui l'avaient adopté, valait moins par les prétendus automatismes liés à son fonctionnement que par l'adhésion de l'opinion ».

(16) L. BAUDIN, *op. cit.*, p. 16.

(17) En ce sens : G. LEDUC, *Traité d'économie politique sous la direction de M. L. Baudin*, T. II, p. 35, Paris, 1957 : « Dans les périodes troublées il demeure un parfait instrument de conservation des valeurs et donc de thésaurisation bravant toutes les interdictions. » L. BAUDIN, *op. cit.*, p. 36 : « L'or sert plus que jamais de réservoir de valeur. Plus les Gouvernements l'accablent et le pourchassent, plus les individus le recherchent. »

de chauds partisans (18). M. L. Salleron a récemment rappelé que « si l'or se révèle le protecteur de la justice il l'est aussi de la liberté » (19). Les Français doivent bien en être persuadés qui détiennent environ 19,5 milliards de nouveaux francs d'or dans leur bas de laine, soit près du quart du stock d'or privé dans le monde ! La monnaie d'or n'ayant pas cours légal, n'est-ce pas la preuve que la question monétaire doit être placée sur le plan psychologique (20) ? Pas plus que la théorie métalliste la théorie étatique ne l'a admis.

b) *La conception étatique de la monnaie.*

17. — D'après les auteurs qui adoptent cette théorie, c'est l'Etat qui crée la monnaie et lui confère sa valeur (21). Selon eux, si la monnaie est acceptée, c'est que l'Etat lui donne sa caution. En conséquence le domaine monétaire relève de plein droit, et exclusivement, de la souveraineté nationale (22). Il en résulte que l'unité monétaire est une unité abstraite, que le franc n'est qu'un nom, un simple mot (23). L'unité n'ayant de valeur que par la volonté des pouvoirs publics, reste égale à elle-même tant que sa dénomination n'a pas été modifiée, et ce, quelle que soit sa valeur réelle (24).

Ainsi que le reconnaissait le Doyen Hamel, cette conception repose sur une fiction qui consiste à admettre que seule la valeur nominale doit être prise en considération et qu'elle doit être tenue pour invariable, sauf intervention du législateur. Nos anciens auteurs parlaient en ce sens de « valor impositus ». Une telle fiction est admissible lorsque les variations de la valeur réelle de la monnaie

(18) Cf. L. SALLERON, *L'or a-t-il un sens ?* Banque, 1960, p. 277. Et *contra* : J. OTTENHEIMER, *Controverse monétaire*, Banque, 1960, p. 589.

(19) En ce sens : A. TOULEMON, *La stabilisation monétaire*, Paris, 1959, p. 13.

(20) En ce sens on relèvera que les billets de banque britanniques d'une certaine valeur comportent un fil du métal précieux ; ainsi ils demeurent théoriquement, psychologiquement même, rattachés à un système métalliste.

(21) En ce sens : J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 10 : « Il faut commencer par affirmer le principe que, dans notre droit positif, la monnaie est un mécanisme d'Etat. L'Etat a le pouvoir absolu et exclusif d'émettre et de retirer les monnaies comme d'en régler le cours ». Van HECKE, *op. cit.*, p. 130.

(22) En ce sens : F.A. MANN, *op. cit.*, p. 13 : « The State theory of money is the necessary consequence of the sovereign power on the monopoly over currency which over a long period of history the State has succeeded in assuming and which modern constitutional law almost invariably establishes. »

(23) J. HAMEL, *op. cit.*, 1938-1939, p. 216.

(24) J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 12. Dans le même sens : F.A. MANN, *op. cit.*, p. 17 : « In law money cannot lose its character except by virtue of formal demonetization. »

sont de faible amplitude ; elle devient en revanche insoutenable lorsque ces variations atteignent des proportions par trop considérables (25). Ce serait alors un abus d'autorité que de vouloir imposer aux particuliers un régime contraire à toute réalité. Une telle tentative serait d'ailleurs vouée à l'échec, l'expérience le prouve (26). Les individus fuient devant une monnaie dont la valeur nominale est trop supérieure à la valeur réelle. Il apparaît ainsi que, ce qui importe avant tout, « ce n'est pas la décision des pouvoirs publics, mais la croyance du public » (27).

En réalité, il semble que l'Etat n'a d'autre pouvoir que de fixer la composition, le poids, les dimensions et les marques de la monnaie, ce qui confère à celle-ci le caractère d'une monnaie légale (28). Par l'apposition de son sceau il ne fait qu'authentifier la monnaie (29). Ainsi, le fait pour un particulier de frapper des pièces d'or en tout point semblables à celles qui sortent de l'Hôtel des Monnaies n'est répréhensible que pour contrefaçon du sceau de l'Etat (30).

L'examen des deux doctrines classiques a donc conduit à une même conclusion : la valeur de la monnaie est non pas objective, ainsi qu'on l'a longtemps pensé, mais bien plutôt subjective. Cette constatation est à la source de la troisième grande théorie monétaire.

c) *La conception psycho-sociologique de la monnaie.*

18. — Savigny avait déjà fortement critiqué les conceptions métalliste et étatique ; il affirmait « l'opinion publique décide non seulement le point de savoir si quelque chose est de l'argent, mais encore à quel degré ce quelque chose jouit de cette propriété » (31).

(25) En ce sens : L. BAUDIN, *op. cit.*, p. 14. A. TOULEMON, *op. cit.*, p. 51.

(26) « Il y a des monnaies qui ont été émises par l'Etat et qui, cependant, « sont restées sans valeur parce que le public les a refusées », L. BAUDIN, *op. cit.*, p. 14, voir les exemples cités. Dans le même sens : SAVIGNY, *op. cit.*, p. 57 : « En fait, la puissance du législateur dans les questions monétaires est très « restreinte, même dans son propre pays, en ce sens que la plupart des relations de la vie se soustrairont inévitablement à cette puissance. »

(27) J. MARCHAL, *op. cit.*, p. 10. De même, G. LEDUC, *op. cit.*, p. 35 : « La « théorie étatique a tort de passer sous silence les limites des possibilités « de l'Etat et le fait que si celui-ci n'est pas impuissant en matière monétaire, ceci ne signifie point qu'il soit tout puissant. L'Etat n'est pas libre « de faire de la monnaie ce qu'il lui plaît. »

(28) Cf. Req., 4 avril 1938, Revue Indochinoise, 1938, 560, note Dennery.

(29) En ce sens : F. GÉNY, *Mélanges Hauriou*, p. 389.

(30) Rouen, 16 juin 1952, D. 1953.720, note J. Carbonnier et Cass. Crim., 4 mars 1954, D. 1954.242, note F.G. ; Trib. Cor. Seine, 4 novembre 1961, G.P., 1962.I.364 ; Paris, 2 juillet 1962, G.P., 1962.II.212 ; Cass. Crim., 18 juillet 1963, D. 1963.604.

(31) SAVIGNY, *op. cit.*, p. 7.

Mais c'est Schumpeter qui, le premier, a mis cette nouvelle théorie en forme. Il affirme que la monnaie est une créance sur la Société, laquelle sert à acquérir des biens. Il est ainsi conduit à confronter l'ensemble des créances avec la masse des biens et services disponibles, la valeur de la monnaie correspondant à son pouvoir d'achat. Plus précisément elle provient du pouvoir d'achat que lui attribuent les membres du groupe social (32).

« Ce qui donne à un bien matériel ou immatériel le caractère de monnaie, c'est la croyance, fondée ou non, qu'avec ce bien on peut se procurer présentement et l'on pourra se procurer dans l'avenir des biens et des services de toutes sortes » (33).

Ainsi, selon la doctrine économique la plus récente, la valeur de la monnaie provient de la plus ou moins grande confiance que les particuliers lui accordent, du pouvoir d'achat qu'ils lui reconnaissent. Si nous relions dans une formule la définition essentielle que nous venons d'obtenir à la définition fonctionnelle que nous avons donnée, nous pouvons dire que la monnaie est un pouvoir d'achat indifférencié (34). Indifférencié dans le temps, ce qui lui permet d'être un réservoir de valeur; indifférencié dans l'espace, ce qui en fait un moyen de paiement; indifférencié dans le temps et l'espace, ce qui lui assure le rôle d'instrument d'évaluation.

L'examen des vicissitudes qu'a subies notre monnaie et de l'interprétation qu'en donnent les économistes nous permettra de vérifier l'exactitude de cette analyse.

I. — LES DONNEES MONETAIRES

Les données monétaires sont de deux ordres : d'une part théoriques, en ce qui concerne le régime juridique et économique du franc, d'autre part pratiques, pour ce qui est de la détermination de la mesure de la dépréciation de notre unité monétaire.

(32) En ce sens, R. MOSSE, *op. cit.*, p. 28.

(33) J. MARCHAL, *op. cit.*, p. 10. En ce sens : NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 8 : « In the phenomenon of money, the attitude of society, as distinguished from State, is paramount. » L. BAUDIN, *op. cit.*, p. 15 : « On voit à quel point la psychologie sociale commande la monnaie. Celle-ci est un phénomène de conscience. » H. GUITTON, *op. cit.*, p. 110 : « La valeur de toute monnaie dérive d'un fait social, du pouvoir d'achat que lui attribuent les membres du groupe social. » G. LEDUC, *op. cit.*, p. 28 : « Il s'agit là d'une valeur essentiellement subjective. » R. SÉDILLOT, *Le franc*, Paris, 1953, p. 1 : « Les phénomènes monétaires ne sont qu'une branche des phénomènes sociaux. Leur ressort principal a toujours été dans les passions humaines : passions des foules ou des meneurs de foules. »

(34) Cf. J. MARCHAL, *op. cit.*, p. 7.

§ 1. — Le régime juridique et économique du franc.

19. — La première unité monétaire qui ait reçu le nom de franc fut une monnaie métallique instituée sous le règne du roi Jean le Bon par une ordonnance en date du 5 décembre 1360. Longtemps prospère elle devait disparaître complètement au ^{xvi}^e siècle. Le nom de franc fut retenu par les Conventionnels pour la nouvelle unité qu'ils entendaient créer, mais celle-ci ne fut définie que sous le Consulat. Elle devait connaître une évolution parallèle à celle de notre histoire politique (35).

A. — LE FRANC DE GERMINAL.

20. — L'expérience catastrophique de J. Law, l'échec du recours aux assignats et aux mandats territoriaux, avaient créé, à la fin du Directoire, un climat de méfiance — pour ne pas dire plus — envers le papier-monnaie. Bonaparte, répondant au vœu général, s'efforça de rétablir une monnaie forte à base métallique. Le papier-monnaie, disait-il, est le plus grand ennemi de l'ordre social. En cela il se révélait un fidèle disciple de l'école physiocratique.

En premier lieu il convient de s'attacher aux termes de la loi du 7 Germinal An xi (8 mars 1803), qui a défini la nouvelle unité :

« Cinq grammes d'argent au titre de 9/10^e de fin constituent l'unité monétaire qui conserve le nom de franc. »

La monnaie ainsi définie était une monnaie métallique. Elle était rattachée principalement à l'argent, mais elle l'était aussi à l'or, le rapport entre les deux métaux étant fixé à 15 1/2 à 1. Ce régime bimétalliste ne devait durer que peu de temps, l'or devant supplanter l'argent. Ce qu'il est intéressant de noter c'est que la nouvelle unité était matérielle car elle correspondait à un poids donné de métal. De la double égalité : unité = franc et unité = 5 grammes d'argent à 9/10^e de fin, c'est sans doute la seconde qui l'emportait dans l'esprit des rédacteurs de la loi. Cette définition marquait le triomphe de la théorie métalliste (35 bis).

La théorie étatique était très nettement écartée. Une seconde mesure le confirme : le franc était par sa définition rattaché au système métrique, ce qui lui assurait une stabilité parfaite et inter-

(35) Sur cette évolution cf. : A. TOULEMON, *op. cit.*, p. 21 et s. R. SÉDILLOT, *Du franc Bonaparte au franc de Gaulle*, Paris, 1959.

(35 bis) En ce sens : J. HAMEL, *op. cit.* (1938-1939), p. 203.

disait au Gouvernement toute immixtion dans le domaine monétaire (35 *ter*).

Ce même souci est à l'origine de la loi du 14 avril 1803 qui organisait la Banque de France. Son statut en faisait un organisme indépendant du pouvoir central, ayant le monopole de l'émission des billets de banque. Mais sous ce régime le billet de banque ne peut être considéré comme une monnaie; il n'est qu'un titre de créance librement émis par la banque pour ses opérations d'es-compte, il représente, au moins partiellement, un dépôt en espèces. N'étant pas détaché de sa provision, il n'a pas d'individualité propre (36).

Sous le Consulat et l'Empire c'est la théorie la plus libérale, la théorie métalliste, qui l'avait emporté; elle devait résister à une première épreuve : la guerre de 1870.

B. — LA GUERRE DE 1870.

21. — Devant la menace étrangère et afin de pallier le mauvais état des finances, ce régime libéral fut suspendu le 12 août 1870. Le billet de banque bénéficia du cours légal, ce qui signifie qu'il recevait pouvoir libérateur. Bien plus, le cours forcé fut décrété de telle sorte qu'il n'était plus possible de demander le remboursement de ces billets aux guichets de la Banque de France. Le but de ces mesures était de permettre l'émission de moyens de paiement suffisant à assurer le financement des opérations militaires. Afin d'éviter l'inflation, un plafond d'émission était institué. Il fut respecté, ce qui permit, dès le 1^{er} janvier 1878, de rétablir la convertibilité.

Mais le cours légal ne fut pas supprimé de telle sorte que le billet de banque conserva son pouvoir libérateur. Devenait-il pour autant une monnaie véritable? Certains auteurs l'ont affirmé arguant du pouvoir libérateur qui lui est reconnu (37). Il ne semble pas que l'on puisse les suivre dans cette voie. M. le professeur Guitton l'a fort pertinemment montré: « Le billet de banque convertible n'est pas une vraie monnaie. Pour la personne qui a

(35 *ter*) En ce sens : A. TOULEMON, *op. cit.*, p. 41 : « En donnant au franc une valeur scientifique les Constituants marquaient bien qu'ils voulaient lui donner une valeur réelle indépendante du pouvoir régnant. »

(36) Sur ce point cf. J. PERROUD, *Essai sur le billet de banque*, thèse, Lyon, 1901. J. HAMEL, *op. cit.* (1940-1941), p. 170. C'est en ce sens que se sont prononcés le Conseil d'Etat par un avis en date du 21 décembre 1809 et la Cour de cassation par un arrêt en date du 7 avril 1856 (D. 1856.I.217). - Au reste on remarquera que les articles 132 et suivants du Code pénal, relatifs à la fausse monnaie, ne concernent que la monnaie métallique ; la contrefaçon des billets de banque est incriminée par des textes spéciaux. Les mesures les plus récentes n'ont fait qu'accentuer ce dualisme.

(37) Par exemple cf. J. HAMEL, *op. cit.* (1938-1939), p. 85 : « A partir

déposé des espèces métalliques à la banque d'émission, c'est un certificat de dépôt; pour la banque, c'est un instrument de crédit » (38).

A cette époque, l'unité monétaire reste matérielle, le billet de banque n'a pas encore acquis son individualité, il n'est toujours qu'un accessoire de la monnaie métallique. Sans doute n'est-il plus un simple effet de commerce, mais il n'est pas encore une monnaie absolue qui puisse concurrencer le métal précieux.

On notera enfin que, par suite de nombreuses variations du prix de l'argent, le système bimétalliste dut être abandonné le 31 juillet 1878, l'or devint le seul métal définissant notre unité monétaire (39). La première guerre mondiale devait avoir de plus graves conséquences.

C. — LA PREMIÈRE GUERRE MONDIALE.

22. — L'histoire du cours forcé étant « une histoire de guerres et de révolutions » (40), il ne faut pas s'étonner qu'il ait été rétabli dès l'entrée en guerre. Dans le même temps le plafond d'émission fut à nouveau instauré, puis plusieurs fois relevé. L'émission de billets fut telle qu'il était impossible à la fin des hostilités d'en résorber l'excédent. Le retour à la situation d'avant-guerre n'était pas possible.

Un nouveau système fut appliqué, le billet était déclaré convertible non en or, mais en une devise étrangère, elle-même convertible en or (41). Notre unité monétaire, jusqu'alors matérielle, devenait idéale, elle ne reposait plus sur un métal précieux : on passait d'une unité réelle à une unité nominale (42). Si les pièces d'or conservaient leur rôle de monnaie en droit, conformément à la loi de Gresham, elles ne circulaient plus en fait. Les billets de banque constituaient en pratique la seule vraie monnaie, on pouvait alors légitimement parler de papier-monnaie. La combinaison

de 1870, le billet de banque est vraiment une monnaie parce qu'il a cours légal » ; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, T. II 1, p. 608, n° 565.

(38) H. GUITTON, *op. cit.*, p. 55, voir aussi p. 103 et suiv. En ce sens : B. NOGARO, *Cours d'économie politique*, T. I, p. 509, 5^e éd., Paris, 1949 : « Les billets inconvertibles en monnaie métallique... méritent seuls la dénomination de papier-monnaie ». F.A. MANN, *op. cit.*, p. 124, « The very wide meaning thus given to the "force libératoire de la monnaie-papier" is due to an isolated doctrine peculiar to France. »

(39) Sur cette question, cf. J. MARCHAL, *op. cit.*, p. 79.

(40) E. SCHKAFF, *La dépréciation monétaire, ses effets en droit privé*, Thèse, Paris, 1925, p. 5.

(41) Sur cette question, cf. J. MARCHAL, *op. cit.*, p. 106.

(42) J. HAMEL, *op. cit.* (1940-1941), p. 17.

du cours légal et du cours forcé leur conférait juridiquement ce titre. Pouvoir libératoire et inconvertibilité faisaient du billet de banque une monnaie autonome, la monnaie fiduciaire, placée sur le même plan que la monnaie métallique (43).

Le principe métalliste a donc subi, par ces mesures, de graves atteintes ; il faut cependant constater qu'il n'a pas été officiellement aboli. La théorie étatique, en revanche, sans être officiellement affirmée, a fait dans cette période de grands progrès. Les Gouvernements qui se sont succédé à cette époque n'osèrent pas trancher cette importante question. Un homme eut ce courage en 1928.

D. — LA TENTATIVE DE STABILISATION DE 1928.

23. — Le Président Poincaré, assisté d'un comité d'experts (44), s'efforça d'assainir la situation financière. Il n'hésita pas à dévaluer le franc afin de pouvoir entreprendre son œuvre de stabilisation sur une base saine. Le 25 juin 1928 la valeur du franc était fixée à 59 milligrammes d'or fin, ce qui correspondait à une perte de valeur des quatre cinquièmes par rapport à celle de 1914. A cette mesure énergique était lié un plan tendant à assurer la stabilité de cette nouvelle définition par une politique d'austérité très stricte.

La même loi instituait un régime monétaire nouveau. La convertibilité était rétablie, ou du moins elle paraissait l'être. De nombreuses restrictions avaient en effet été prévues afin de protéger la banque d'émission contre un afflux de demandes de remboursement. Il était essentiellement prévu que l'on ne pourrait obtenir aux guichets de la banque que de lingots d'un poids de douze kilogrammes (45).

Sur le terrain juridique ce retour partiel à la convertibilité ne devait avoir que des conséquences assez limitées (46). Théoriquement, l'unité monétaire aurait dû redevenir matérielle, il n'en a rien été, elle est restée idéale. L'article 1^{er} de la loi de 1928 est très net en ce sens : « Le franc, unité monétaire française... » Ce

(43) En ce sens : J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 16 : « Avec le cours forcé il ne peut subir aucune infériorité par rapport au métal précieux ». H. GUITTON, *op. cit.*, p. 103 : « Le papier-monnaie, à la différence du billet de banque convertible, est vraiment une monnaie, mais une monnaie nationale. »

(44) Parmi les conseillers du Président Poincaré, il faut signaler, outre G. JÈZE et Ch. RIST, M. J. RUEFF qui, en 1958, a rempli le même rôle auprès du Président de Gaulle.

(45) On a prétendu que cette limitation avait pour but d'interdire aux particuliers d'user de la monnaie métallique dans les transactions internes, cette explication paraît inexacte, ou à tout le moins insuffisante.

(46) Par exemple cf. H. CAPITANT, *De l'effet de la loi du 25 juin 1928 sur les clauses de paiement en monnaie étrangère*, D.H., 1929.13.

n'est plus un certain poids de métal, mais le franc en tant que tel, qui constitue l'unité monétaire (47). De fait le système antérieur restait en vigueur, il se trouvait même renforcé.

On a pu dire que « cette réhabilitation de l'étalon-or était une pure fiction soigneusement protégée par d'habiles précautions contre les conséquences pragmatiques qu'une telle conception aurait pu comporter » (48).

Sans doute la formule est-elle un peu sévère, il n'en reste pas moins vrai que la loi de 1928 n'a marqué qu'un palier dans l'évolution qui a conduit de la théorie métalliste à la théorie étatique. Bien plus, on peut penser qu'elle a porté le coup de grâce à la théorie métalliste en l'écartant officiellement. Les textes suivants ne devaient guère aller plus loin dans cette voie.

E. — Le FRANC FLOTTANT.

24. — Les difficultés économiques jointes à la venue au pouvoir d'un Gouvernement favorable à une politique dite de « pouvoir d'achat » marquèrent la fin de cette méritoire période d'orthodoxie financière. La dépréciation reprit sur un rythme accéléré, elle n'a pratiquement plus connu d'arrêt. Les dévaluations se sont multipliées en conséquence. Elles ont été facilitées par l'article 2 de la loi du 1er octobre 1936 (49) dont le texte est bien connu :

« La nouvelle teneur en or du franc, unité monétaire française, sera fixée ultérieurement par un décret pris en Conseil des Ministres » (50).

Deux remarques doivent être faites. Tout d'abord, on notera que ce texte reprend partiellement la formule de la loi de 1928, l'unité monétaire reste une unité nominale et non matérielle. C'est le franc en tant que tel, et indépendamment de sa teneur en métal précieux, qui reste l'unité monétaire. D'autre part le rattachement du franc à l'or n'est que de principe; la loi s'est abstenue de « fixer

(47) Sur ce point : J. HAMEL, *op. cit.* (1940-1941), p. 17.

(48) P. BESSE, *op. cit.*, p. 22. On remarquera d'autre part avec M. TOULEMON, *op. cit.*, p. 51, que le Président Poincaré n'a pas suivi la théorie métalliste sur un autre point : normalement toute nouvelle unité monétaire doit avoir un nom qui lui est propre ; or « le franc nouveau usurpait un nom qui était celui de son prédécesseur... il aurait dû s'appeler le Poincaré, le Gaulois, ou plus honnêtement encore, le « cinquième ».

(49) Puis par le décret-loi du 30 juin 1937.

(50) Très rapidement la valeur du franc sur le plan international n'a plus été déterminée que par de simples avis de l'Office des Changes. Cet exemple est révélateur de la décadence de notre unité monétaire. Toutefois ces actes administratifs ont pour effet de rattacher indirectement le franc à l'or (au moins par l'intermédiaire du dollar).

de façon rigide le poids d'or contenu dans l'unité monétaire » (51).

Cette main-mise du Gouvernement sur la monnaie a été logiquement complétée par l'asservissement de la banque d'émission. Démocratisée par la loi du 24 juillet 1936, elle a été nationalisée par la loi du 24 décembre 1945.

Les barrières établies par Bonaparte pour protéger le domaine monétaire contre les immixtions du pouvoir se trouvaient ainsi intégralement renversées. L'Etat pouvait penser qu'il était devenu tout puissant en cette matière. La théorie étatique paraissait appliquée à l'état pur, la monnaie étant dématérialisée.

La monnaie fiduciaire devenait de droit la seule monnaie légale, elle acquérait le rang de monnaie absolue (52). Mais la dépréciation continuant malgré des efforts sporadiques du Gouvernement, on pouvait se demander si l'on n'avait pas accordé plus de crédit qu'il ne fallait à cette théorie et si les pouvoirs publics avaient tout pouvoir pour fixer par voie d'autorité sa valeur à la monnaie. Le problème de la confiance des particuliers s'est rapidement avéré être fondamental; les dirigeants en ont rapidement pris conscience.

F. — LA TENTATIVE DE STABILISATION DE 1958.

25. — La réforme de 1958 n'a modifié en rien le régime juridique et économique de la monnaie, les principes fondamentaux de 1936 restent valables. Deux mesures cependant ont donné une nouvelle orientation à notre système monétaire.

L'institution d'un Nouveau Franc, par exemple, ne constitue qu'un simple procédé de simplification comptable (53), qu'une division par cent, destinée à assurer à notre unité nationale un meilleur crédit tant sur le plan interne que sur le plan international. La mesure est donc avant tout psychologique (54); elle est

(51) J. MARCHAL, *op. cit.*, p. 119.

(52) Sur ce point, cf. H. CAPITANT, *Le pauvre franc*, D.H., 1936, chr. 65 et D.H., 1937, chr. 21; J. HAMEL, *op. cit.* (1938-1939), p. 216 (1940-1941), p. 174. J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 15. M. VASSEUR, *Echelle mobile* « 53 », D. 1954, chr. 1, n° 13 : « L'unité monétaire française n'est pas telle quantité de métal précieux, voire telle quantité de marchandise, mais le franc en tant que tel ».

(53) En ce sens : J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 13 et Préface citée de l'ouvrage collectif : « Nous avons eu une opération technocratique, motivée par les dimensions des machines à calculer ». R. SÉDILLOT, *op. cit.*, p. 214 : « L'alourdissement, simple mesure arithmétique, ne change rien à rien ». M. R. SÉDILLOT signalait déjà en 1953 (*Le franc*, p. 371) un projet de création d'une monnaie lourde qu'il interprétait comme un « artifice comptable » susceptible d'avoir des « vertus psychologiques ».

Cette opération a eu récemment un précédent : en Grèce, une loi du 1^{er} mai 1954 a créé une drachme nouvelle qui équivalait à mille drachmes anciennes. De même, en 1963, a été institué un nouveau mark finlandais valant 100 marks anciens.

(54) Voir, relativement à l'effet de ce texte sur les conventions antérieures :

un gage donné par le Gouvernement de son intention de défendre la monnaie. Elle n'a pour but que de restaurer la confiance.

Tel est aussi le sens du décret du 22 décembre 1959 qui décide la frappe de pièces d'argent de deux et de cinq nouveaux francs au titre de 835/1000°. Il ne faudrait en effet surtout pas conclure que cette mesure marque un retour à la théorie métalliste, ce serait commettre là une grave erreur. Cela ne serait vrai que si la valeur nominale de ces pièces correspondait à celle du métal qui les compose, or il n'en est rien; la première est de loin supérieure à la seconde (55). Cette monnaie reste une monnaie fiduciaire. La mesure a eu essentiellement pour but de satisfaire à la volonté générale; les individus restent en effet persuadés que la seule véritable monnaie est la monnaie métallique. Il est remarquable que ces pièces circulent peu; dès leur apparition sur le marché elles sont thésaurisées. La loi de Gresham nous confirme que la monnaie métallique conserve tout son crédit dans l'esprit du public. Le sachant, le Gouvernement a voulu satisfaire ce désir : il espérait ainsi encore rétablir la confiance.

D'autres mesures ont été prises en ce sens comme, par exemple, la réglementation des indexations; nous aurons à les étudier longuement plus tard. Retenons actuellement que la théorie étatique, qui d'ailleurs n'a jamais été officiellement affirmée, est actuellement sérieusement mise en doute; les pouvoirs publics eux-mêmes tendent à faire une place à la théorie psycho-sociologique. C'est l'ampleur de la dépréciation qui leur a fait prendre conscience des limites de leur pouvoir.

§ 2. — La mesure de la dépréciation du franc.

26. — « L'histoire de la monnaie se résume en une dépréciation constante », a-t-on pu dire (56). Même en période faste, la monnaie perd lentement de sa valeur. Cet amenuisement insensible de son pouvoir d'achat ne l'empêche pas de remplir valablement ses fonctions dans le temps. La dépréciation ne joue un rôle perturbateur qu'à partir du moment où elle prend une ampleur suffisante pour être sensible à ceux qui doivent en subir les conséquences. Ceux-ci vont alors fuir la monnaie légale; ils vont s'efforcer d'assurer la

Trib. Gde Inst. Bressuire, 20 mai 1963, J. Sp. Soc., 23 janvier 1964. Toute convention antérieure doit être traduite en Francs nouveaux.

(55) En décembre 1960 le prix du kilogramme d'argent était de 146,50 N.F. ; la pièce de cinq francs contenant environ 10 grammes d'argent avait donc une valeur intrinsèque approximative de 1,50 N.F. Si l'on tient compte des frais de frappe, cette pièce valait environ 1,75 N.F.

(56) E. SCHKAFF, *op. cit.*, p. 5.

stabilité de leur revenu. Pour ce faire, il va être nécessaire d'avoir une connaissance précise de la mesure de la dépréciation. La chose n'est pas si simple que l'on pourrait le penser *a priori*; plusieurs procédés de calcul sont en effet possibles, qui ne donnent pas les mêmes résultats. Ces procédés sont liés aux trois grandes théories monétaires que nous avons exposées.

A. — D'APRÈS LA CONCEPTION MÉTALLISTE.

27. — Il ne fait pas de doute que, depuis l'abandon de la théorie métalliste, déterminer la valeur du franc par rapport à l'or n'a plus grand sens sur le plan interne (57). L'or n'étant plus de nos jours qu'une marchandise, marchandise sans doute privilégiée dans l'esprit du public, mais il n'importe ici, ne peut servir de référence précise susceptible de servir de mesure de valeur à l'unité monétaire. Ses caractères particuliers, son aptitude indéniabie à assurer la conservation des valeurs, permettent cependant de tirer d'utiles conclusions de l'examen de ses variations de prix. Nous retiendrons pour ce calcul le cours de la pièce de 20 francs en or (58).

	<i>F</i>		<i>F</i>
1810	20	1948	4.668
1910	20	1949	4.533
1926	98,5	1950	3.655
1927	81,28	1951	4.288
1928	97,35	1952	4.078
1935	97,35	1953	3.673
1936	136,62	1954	2.754
1937	161,27	1955	2.629
1938	225,75	1956	3.229
1939	353,50	1957	3.716
1941	1.409	1958	3.631
1942	2.652	1959	3.560
1943	3.031	1960	3.662
1944	3.711	1961	39, 30
1945	4.108	1962	40, 71
1946	5.375	1963	41, 60
1947	3.360		

La lecture de ce tableau donne une impression d'incohérence tant l'amplitude des variations est importante; cela tient à ce

(57) En ce sens, cf. H. GUITTON, *op. cit.*, p. 99.

(58) Pendant la période où le commerce de l'or a été interdit, soit de 1939 à 1948, il convient de retenir le taux du marché clandestin. De 1948 à nos jours, nous indiquerons le cours du marché libre.

que, de nos jours, l'or est, par excellence, une marchandise spéculative. Il reflète plus le climat politique que les variations de valeur de la monnaie. Il est plus le baromètre de la confiance dans le Gouvernement que celui de la confiance dans la monnaie.

Retenons cependant que, par rapport à l'or, le franc de 1964 vaut 208 fois moins que celui de 1910.

B. — D'APRÈS LA CONCEPTION ÉTATISTE.

28. — Les tenants de cette théorie, tout en affirmant le principe de la perennité du franc sur le plan interne, admettent le calcul de sa dépréciation sur le plan international. Cette valeur est déterminée impérativement par les pouvoirs publics; c'est la définition légale du franc. Elle peut être fixée, soit par rapport à la seule monnaie internationale, l'or, soit par rapport à une monnaie forte, le dollar ou la livre (59). C'est par rapport à l'or que nous retracerons l'évolution de la valeur internationale du franc (60).

Franc de Germinal (8 mars 1803)	290 mg d'or fin
Franc Poincaré (25 juin 1928)	59 »
Franc Auriol (1 ^{er} octobre 1936)	44,1 »
Franc Bonnet (22 juillet 1937)	38,7 »
Franc Reynaud (12 novembre 1938)	24,57 »
Franc Pétain (29 février 1940)	21,006 »
Franc d'Alger (2 novembre 1944)	17,77 »
Franc Pleven (26 décembre 1945)	7,461 »
Franc Mayer (17 octobre 1948)	3,372 »
Franc Petsche (27 avril 1949)	3,266 »
Franc Gaillard (10 août 1957)	2,120 »
Franc de Gaulle (27 décembre 1958)	1,80 »

Ce mode de calcul donne un résultat sensiblement différent du précédent; il indique que notre franc vaut 161 fois moins que son

(59) L. BAUDIN, *op. cit.*, p. 24 : « La valeur externe de la monnaie s'entend par rapport à la seule monnaie internationale : l'or, et correspond alors à une définition légale ». H. GUTTON, *op. cit.*, p. 99 : « C'est au travers des cotations extérieures de la monnaie par rapport aux deux monnaies étrangères plus fortes que la monnaie française, la livre et le dollar, que se détermine la valeur du franc ». Depuis le 21 septembre 1931, date à laquelle la livre a été détachée de l'or, la référence au dollar est la plus exacte.

(60) Dans les cas où la valeur du franc n'a pas été fixée par rapport à l'or, mais par rapport au dollar, nous convertirons directement en valeur or, le dollar étant toujours rattaché à ce métal.

glorieux ancêtre. Il n'est aucunement surprenant que ce nombre soit inférieur au précédent. Le franc est en effet pris ici dans son contexte international et non dans l'absolu. Sa dépréciation n'est considérée que relativement à des monnaies plus stables, et non calculée par rapport à un étalon fixe. La théorie psycho-sociologique offre un procédé qui permet d'échapper à cette difficulté.

C. — D'APRÈS LA CONCEPTION PSYCHO-SOCIOLOGIQUE.

29. — Chacun admet, juristes et économistes compris, que le procédé qui donne le résultat le plus conforme à la réalité est celui qui consiste à déterminer la valeur de la monnaie d'après son pouvoir d'achat (61). La conduite de cette recherche est extrêmement délicate (62). Tout d'abord, il est évident qu'il ne peut être question de retenir les prix de tous les biens et services, il faut donc procéder à un choix qui sera évidemment discutable. Bien plus, il serait ridicule de placer sur le même plan le prix du pain et celui de la balle de ping-pong ; il est donc nécessaire de pondérer les divers éléments retenus. Là encore va intervenir un élément subjectif qui fausse le résultat, mais il ne semble pas qu'il puisse être écarté. En pratique, cet obstacle paraît avoir été surmonté d'une manière tout à fait acceptable par l'Institut national de la Statistique et des Etudes économiques (63).

Le calcul peut être opéré de plusieurs manières différentes (64), qui donnent des résultats d'ailleurs fort proches. Nous retiendrons

(61) L. BAUDIN, *op. cit.*, p. 24 : « La valeur interne de la monnaie nationale est la capacité d'achat de cette monnaie dans la nation considérée ». Ainsi que le remarque M. P. BESSE, *op. cit.*, p. 107 : « Aujourd'hui, du point de vue monétaire, nous sommes dans la situation paradoxale où ce sont les valeurs elles-mêmes qui constituent les bases d'appréciation de la valeur de la monnaie... Les prix sont aujourd'hui devenus, si l'on peut dire, les étalons de la monnaie. »

(62) Cette recherche avait paru impossible, en pratique, à SAVIGNY, *op. cit.*, p. 37, qui estimait que la valeur courante de la monnaie étant variable selon les lieux et les temps, ne pouvait être exactement précisée et servir de base à des règles juridiques. Les progrès réalisés par les économistes permettent maintenant de passer outre à cette difficulté technique.

(63) Cf. son bulletin mensuel, tant pour le prix des principaux biens et services, que pour la publication des indices généraux.

(64) Les tableaux rapportés sont extraits de l'ouvrage de MM. J. FOURASTÉ et C. FONTAINE, *Documents pour l'histoire et la théorie des prix*, Paris, 1958. Cf. J.-M. JEANNENEY, *Tableaux statistiques relatifs à l'économie française et à l'économie mondiale*, Paris, 1957.

Indice des prix de détail. Il est calculé jusqu'en 1914 sur 13 articles, entre 1914 et 1948 sur 34 articles, entre 1948 et 1958 sur 213 articles, entre 1958 et 1963 sur 250 articles, et depuis 1964 sur 259 articles.

Indice des prix de gros. Il est calculé jusqu'en 1914 sur 13 marchandises, de 1914 à 1939 sur 45, de 1939 à 1949 sur 135, et depuis 1949 sur 319.

Indice des prix de détail à Paris. Cet indice, qui est retenu pour le calcul du S.M.I.G., est calculé sur 179 articles.

l'indice des prix de détail en adoptant comme base 100 l'année 1910.

1820	76	1922	337	1943	1.670
1830	80	1923	374	1944	2.045
1840	81	1924	427	1945	3.300
1850	82	1925	457	1946	4.630
1860	91	1926	595	1947	6.900
1870	99	1927	621	1948	10.950
1880	106	1928	620	1949	12.400
1890	99	1929	658	1950	13.640
1900	95	1930	663	1951	15.860
1910	100	1931	637	1952	17.745
1911	110	1932	581	1953	17.450
1912	109	1933	562	1954	17.520
1913	112	1934	538	1955	17.680
1914	112	1935	493	1956	18.430
1915	134	1936	529	1957	18.990
1916	151	1937	667	1958	21.140
1917	180	1938	756	1959	22.570
1918	233	1939	805	1960	24.200
1919	291	1940	956	1961	24.950
1920	401	1941	1.120	1962	26.160
1921	350	1942	1.350	1963	27.420

Le résultat que nous donne ce tableau est fort éloigné des précédents; il nous indique que, en réalité, le franc actuel vaut 274 fois moins que celui de 1910. Ce nombre n'est pas contestable. Néanmoins, il faut être très prudent dans son utilisation car il ne fait qu'indiquer une moyenne. Il ne faut pas oublier en effet que la dépréciation de la monnaie « s'analyse en réalité dans une série de dépréciations divergentes suivant les catégories d'objets envisagés » (65).

30. — Il serait dès lors très grave de perdre de vue la dispersion extrême des indices propres à chaque bien et service. Afin de donner une idée aussi exacte que possible du phénomène de la dépréciation, voici, classés par ordre croissant, les indices relatifs aux principaux biens et services. Les années de références retenues sont 1913 et 1955 (66).

Caoutchouc (prix de gros)	19,5
Electricité (Paris, prix moyen toute tranche)	20

(65) L. BAUDIN, *op. cit.*, pp. 34-35.

(66) Pour une liste plus complète, cf. J. FOURASTIÉ, *op. cit.*

Places de théâtre (Comédie Française, moins chère)	40
Loyers (indice à Paris)	56,5
Vin rouge (prix de gros, Béziers)	86
Bananes (prix de détail)	74,5
Eau potable (Paris)	74,5
Journal (abonnement annuel, <i>Le Temps</i> , <i>Le Monde</i>)	86,5
Pétrole (prix de détail)	91,5
Terres arables et à pacage	93,5
Oranges (prix de détail)	95
Pellicules Kodak Verichrome 6×9	97
Vinaigre pur vin	100
Cognac (qualité courante)	103,5
Avoine (prix à la production)	104
Bicyclette (modèle courant)	104
Ciment	129
Aluminium (prix de gros)	130,5
Seigle (prix à la production)	131
Or	131,5
Camembert	131,5
Orge (prix à la production)	132,5
Métropolitain (billet de 2 ^e classe)	133,5
Cigarettes (gauloises)	133,5
Blé (prix à la production)	137,5
Pain	145
Lettres (lettre ordinaire)	150
Bœuf (prix de gros à la Villette)	152
Chocolat (qualité ordinaire)	152
Porc (prix de gros à la Villette)	153
Lait (prix de détail)	154
Sucre (prix de détail)	156
Œufs (prix de détail)	162,5
Huile d'olive (Olida)	165,5
— Indice des prix de gros	167,5
Maïs	171
— Indice des prix de détail	177
Etain (prix de gros)	177,5
Veau (prix de gros à la Villette)	179
Tuiles mécaniques	183,5
Betteraves (prix de gros)	188
Tabac Scaferlati	200
Savon de Marseille	201,5
Zinc (prix de gros)	204
Beurre	205

Procès-verbal d'huissier	205
Coton américain (prix de gros)	206
Rails en acier	206
Chanvre (prix de gros)	207
Pâtes alimentaires	212
Riz (prix de détail)	212
Mouton (prix de gros à la Villette)	227
Nickel (prix de gros)	232
Jambon de Paris	234
Coût de la Construction (Paris)	234,5
Café (qualité moyenne)	235
Place de cinéma (cinéma de quartier)	240
Visite médicale	267
Cuivre électrolytique (prix de gros)	269
Laine peignée (prix de gros)	279
Thé (prix de détail)	283
Plâtre	295
Journal ordinaire au numéro	300
Bifteck	336
Carabine « Buffalo » 9 mm	417
Salaire horaire du manœuvre de province (complet)	500
Coupe de cheveux pour hommes	500
Verres (service le moins cher)	507
Journée d'hôpital (régime médecine)	611
Bouchons en liège	628
Trombone à coulisse	780
Timbre de type Napoléon III, 10 centimes	4.000

31. — Il était nécessaire d'attirer l'attention sur le caractère relatif du résultat que donnent les indices généraux, mais il ne faut pas accorder à cette restriction plus d'importance qu'elle n'en a en pratique. Il demeure que l'indice des prix de détail est le plus propre à donner la mesure de la baisse du pouvoir d'achat du franc, donc de sa valeur.

Or il nous indique que, en cinquante ans, le franc a perdu 99,6 % de sa valeur! Victime d'une telle dépréciation, notre unité monétaire n'a pu remplir ses fonctions de monnaie de compte et de réservoir de valeur, toutes deux impliquant un élément de temps. Les particuliers, et même, dans une certaine mesure, les pouvoirs publics, ont eu à s'organiser en fonction de cet état de fait. C'est à ce besoin qu'a répondu l'indexation.

Mais la pratique de l'indexation, a-t-on dit, est dangereuse pour la monnaie et l'économie. Selon certains auteurs, ses effets seraient si désastreux qu'il conviendrait de la prohiber sans restrictions.

Afin de pouvoir apprécier cette critique à sa juste valeur, il convient de se tourner vers l'économie politique.

II. — LES ENSEIGNEMENTS DE L'ECONOMIE POLITIQUE

Bien que tous les économistes ne s'accordent pas sur l'explication qu'il convient de donner aux phénomènes monétaires, et plus spécialement à l'inflation, il est possible de dégager certaines lignes générales. L'indexation se manifestant surtout en période d'inflation, avant de pouvoir déterminer l'influence de ces clauses sur l'économie, il est nécessaire de rappeler en premier lieu le déroulement du processus inflationniste et ses conséquences.

§ 1. — Le processus inflationniste.

A. — LES CAUSES DU PROCESSUS INFLATIONNISTE.

32. — On sait que selon la doctrine classique « l'établissement du prix des choses dépend toujours fondamentalement de la raison du total des choses au total des signes » (67). Les auteurs modernes se sont efforcés d'affiner la théorie quantitative de la monnaie, mais ils ne l'ont pas pour autant reniée dans son ensemble (68). Il demeure qu'en principe l'inflation provient d'un désajustement profond, et durable, entre la demande globale en monnaie et l'offre globale en valeur des biens et services (69). Le gonflement monétaire peut provenir, soit d'une émission excessive de monnaie, soit d'une accélération de sa vitesse de circulation, soit d'un trop grand développement du crédit (70). Il faut de plus remarquer que de simples désajustements entre la structure de la demande et l'offre globale peuvent avoir un effet inflationniste (71).

33. — La cause première de l'inflation est sans doute l'émission excessive de monnaie (72) ; les pouvoirs publics y recourent volon-

(67) MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Livre XXII, Chap. VII.

(68) Cf. B. NOCARO, *La monnaie et les phénomènes monétaires contemporains*, 2^e éd., Paris, 1948. J.M. KEYNES, *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, Paris, 1943.

(69) M. CLUSEAU, *Traité d'économie politique sous la direction de M. L. Baudin*, T. II (Paris, 1957), p. 185 : « L'inflation est un accroissement de la circulation non compensé par un accroissement des transactions. » Sur l'ensemble de la question, cf. p. 179 et suiv. Cf. aussi : *Etudes et Conjonctures*, série Economie Française : mai-juin 1951. R. SÉDILLOT, *L'A.B.C. de l'inflation*, p. 20 (Tribune libre, n° 24).

(70) Cf. H. GUITTON, *op. cit.*, p. 82.

(71) Sur ce point, cf. A. MARCHAL et R. BARRE, *Economie politique*, 2^e éd., Paris, 1958, p. 430 et la bibliographie, p. 460.

(72) Si le crime de faux-monnayage est réprimé avec la plus grande sévé-

tiers lorsqu'ils sont aux abois. « Une émission de billets est une création facile de monnaie. Elle vaut un impôt. Elle remplace un emprunt » (73). Le procédé est tout aussi efficace, mais beaucoup plus commode et moins apparent que celui qui consistait, sous l'Ancien Régime, à rogner les pièces (74).

La seconde cause est l'accélération de la vitesse de circulation de la monnaie. Elle est généralement due à la réaction des particuliers devant un début, ou même une simple menace, d'inflation. Sa cause est donc avant tout psychologique, elle reflète une certaine méfiance envers la monnaie ou envers le Gouvernement. Si le Gouvernement peut agir dans le premier cas il ne le peut pas dans le second. « Les pouvoirs publics n'ont qu'un levier de commande à leur disposition : les quantités ; la vitesse leur échappe » (75). Bien plus, dès que le public a pris conscience de la dépréciation, l'action des pouvoirs publics se trouve fort compromise ; ceux-ci ne peuvent plus intervenir qu'avec une extrême prudence, de peur de déclencher des réactions qu'ils ne pourront pas contrôler (76). Le premier impératif devient de rétablir la confiance.

34. — Les promoteurs de la loi de finances pour 1959 se sont souciés de cette question. La question budgétaire est en effet essentielle en matière de dépréciation. Certains auteurs ont soutenu que le déficit budgétaire n'avait pas de conséquence inflationniste (77). Cette affirmation paraît bien contestable. En effet, dans la mesure où l'impasse budgétaire est trop importante pour être couverte par l'emprunt, elle le sera par une émission de billets. Par là même elle constituera une cause d'inflation. Le problème est donc de favoriser les emprunts. Il faudra dans ce but que l'impasse ne soit pas trop importante et que règne un climat de confiance. Le rapport du Comité des experts présidé par M. J. Rueff (78) est particulièrement net à ce sujet. « Il y a inflation, peut-on

rité, c'est sans doute justement parce que « c'est un crime d'une nature très particulière, très dangereux par les perturbations qu'il peut apporter dans « la circulation monétaire », E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Paris, 1952, Article 132, n° 14.

(73) H. GUITTON, *op. cit.*, p. 89.

(74) Le procédé n'en est pas moins critiquable ; ainsi GÉNY, *Mélanges Hauriou*, p. 389, n° 7, estime que l'« on peut, sans hésiter, y voir un abus nettement caractérisé des pouvoirs monétaires de l'Etat ».

(75) L. BAUDIN, *op. cit.*, p. 9.

(76) En ce sens : L. BAUDIN, *op. cit.*, p. 9 : « Chaque pression extérieure détermine une réaction dont nous verrons qu'il est parfois malaisé de mesurer la portée. C'est le domaine où la prudence s'impose le plus et où elle a été le moins habituelle. »

(77) En ce sens : A. MARCHAL et R. BARRE, *op. cit.*

(78) Cf. le « Rapport sur la situation financière présenté à M. le Ministre des Finances et des Affaires Economiques en exécution de sa décision du 30 septembre 1958 » signé le 8 décembre et publié en fascicule autonome.

y lire, parce qu'il n'y a pas assez d'épargne sur le marché; il n'y a pas assez d'épargne sur le marché parce qu'il y a inflation. Le problème est de sortir de ce cercle vicieux. » Nous nous trouvons donc de nouveau devant un problème psychologique. « Tout phénomène économique repose sur la psychologie... psychologie de foule ou de masse » (79). Cette remarque que l'on peut faire après avoir examiné les causes de l'inflation est pleinement vérifiée dans le développement de celle-ci.

B. — LE DÉVELOPPEMENT DU PROCESSUS INFLATIONNISTE.

35. — Le processus inflationniste peut être décomposé en trois phases successives qui représentent son départ, son épanouissement, et, éventuellement, sa fin (80).

Dans une première phase se crée le désajustement qui sera à l'origine du phénomène. Il peut provenir de l'une quelconque des causes que nous avons relevées mais il peut aussi avoir pour point de départ une psychose de hausse, donc le simple fait des individus. Si le déséquilibre produit est durable, il conduit à la deuxième phase.

36. — On entre dans l'inflation ouverte lorsque le déséquilibre se reporte sur les coûts. Le mouvement devient alors irréversible (81). A côté de ce facteur que l'on peut qualifier de mécanique, on relève une nouvelle fois un élément psychologique : « Le seuil psychologique sous-jacent se place au moment où les intéressés prennent conscience de la hausse des prix, c'est-à-dire déchirent le voile monétaire, abandonnant le nominal pour le réel » (82). Ils distinguent alors entre monnaie de compte et monnaie de paiement ne reconnaissant à la monnaie légale que cette seconde qualité; les clauses d'indexation leur permettent de choisir librement leur monnaie de compte. Cette dichotomie est une cause nouvelle d'inflation; elle avait déjà été dénoncée à la fin du XVIII^e siècle. Ce phénomène n'est pas propre à cette situation, il est général à l'ensemble de la seconde phase. Dès que l'inflation a commencé à produire ses effets, ceux-ci deviennent les causes de son accélération. L'inflation se nourrit elle-même. Un exemple particulièrement net de cette propriété est donné par la course entre les prix et les salaires. Il s'agit du cycle infernal si souvent dénoncé; la hausse des prix entraîne celle des salaires qui, à son tour,

(79) L. BAUDIN, *op. cit.*, p. 15.

(80) Sur cette question, cf. M. VASSEUR, *loc. cit.*, R.T.D.C., 1952, p. 431.

(81) L. BAUDIN, *op. cit.*, p. 143.

(82) L. BAUDIN, *op. cit.*, p. 143.

impose le relèvement des prix. Actuellement le développement de l'inflation est grandement facilité par l'existence des puissants groupements de producteurs et de travailleurs qui obtiennent une réadaptation rapide des revenus de leurs membres au niveau du coût de la vie. Leur efficacité a pour résultat d'accélérer la rotation du cycle infernal. Les individus qui ne peuvent se grouper, en revanche, ne pourront que difficilement suivre la progression des prix ; ce sont eux qui supporteront le poids de l'inflation.

37. — Mais l'inflation n'est pas immortelle, même dans le cas de l'inflation chronique; normalement elle doit prendre fin, donc entrer dans sa troisième phase. Il est bien évident que le retour à la stabilité ne peut être obtenu qu'au prix d'un gros effort. Ce sont justement les individus isolés qui auront à en subir les plus lourds effets. Ils devront réduire leur train de vie et acheter moins. La demande baissant pourra ainsi revenir au niveau de l'offre. Cette tendance est si inhumaine que les Gouvernements tentent de s'y opposer, perpétuant ainsi l'inflation. Il est cependant nécessaire de mettre fin à cet état de choses. Pour y parvenir, les pouvoirs publics ne peuvent agir seuls; ils doivent obtenir l'appui des particuliers. Le sacrifice obligatoire ne peut être imposé, il ne peut provenir que d'une volonté délibérée. Il ne sera accepté que s'il paraît devoir être utile et avantageux. L'effort du Gouvernement devra donc tendre à susciter la confiance. Le Comité des Experts l'a bien compris qui conclut : « La nouvelle parité doit être tenue pour définitive. »

N'est-ce pas reconnaître que si, en matière monétaire, le Gouvernement propose, c'est, en dernier ressort, le public qui dispose? La théorie psycho-sociologique se trouve de nouveau confirmée puisqu'elle seule permet de rendre compte du développement du processus inflationniste. Mais, de ce fait, on peut prévoir que la pratique de l'indexation va produire un double effet en période d'inflation. Si elle va atténuer la fuite devant la monnaie, elle va en revanche freiner le retour à la normale. Un examen approfondi de ce problème s'impose donc.

§ 2. — Influence des clauses d'indexation sur l'économie et la monnaie.

38. — Deux réponses extrêmes peuvent *a priori* être données à la question de l'influence des clauses d'indexation sur l'économie et la monnaie : il peut être estimé que leurs effets nocifs l'emportent obligatoirement, ou, au contraire, que leurs effets bénéfiques sont les plus importants. Mais la solution ne semble pas devoir être si simple, les circonstances et les modalités de leur

utilisation permettent de poser certaines distinctions fondamentales. Il est nécessaire d'opposer l'indexation généralisée à l'indexation partielle, et la deuxième phase de l'inflation à la troisième. Ceci nous conduit à étudier l'effet de ces clauses, tout d'abord en cas d'indexation généralisée, puis en cas d'indexation partielle dans la deuxième phase, et enfin en cas d'indexation partielle dans la troisième phase.

A. — L'INDEXATION GÉNÉRALISÉE.

39. — Un des caractères essentiels de l'indexation est sa tendance à se généraliser; « l'échelle mobile appelle l'échelle mobile », tous les auteurs l'ont noté (83). Son efficacité même lui assure un succès toujours plus grand.

Mais si l'indexation tend à devenir générale, peut-elle pour autant y parvenir? M. le Doyen Carbonnier ne le croit pas : il estime que ce serait un non-sens économique. On peut en effet se demander « s'il n'est pas absolument indispensable qu'il y ait quelque part des créanciers nominalistes sacrifiés pour que d'autres puissent jouir de leur valorisme ». Dans le cas contraire, il est évident que notre système économique serait entièrement modifié. « Une indexation universelle tendrait à faire disparaître les fluctuations de l'économie, et surtout, elle altérerait la notion de monnaie » (84).

Tout d'abord, un tel système aurait pour conséquence de supprimer toute disparité, l'ensemble des prix variant toujours dans les mêmes proportions. Un tel effet serait sans doute regrettable. Comme le fait remarquer M. le professeur Guitton, à côté des disparités néfastes, il en est d'autres « sans lesquelles la croissance

(83) M. VASSEUR, *Echelle mobile* 53, D. 1954, chr. 1, n° 10. En ce sens : CADOT, *La généralisation des contrats indexés n'irait pas sans danger*, *Le Monde*, 15 mars 1953. R. SÉDILLOT, *Du franc Bonaparte au franc de Gaulle*, Paris, 1959 : « Rien de plus contagieux que l'échelle mobile : du jour où on lui entr'ouvre la porte elle pénètre partout... le débiteur d'une dette indexée entend être créancier d'une dette indexée ». Ainsi l'emploi des clauses d'indexation a été proposé dans les domaines les plus divers. Par exemple : M. ROUAST, *Travaux de la Commission de réforme du Code civil* (1953-1955, p. 272) s'est demandé si l'échelle mobile ne permettrait pas de résoudre le problème de l'évaluation des biens en cas de rapport en moins prenant.

M. A. PEYTEL signale d'autre part (« Or, franc-or et échelle mobile », G.P., 1953.I, doct., 34) que « certains ont imaginé de faire usage d'un procédé qu'ils dénomment avec un double barbarisme « les traites indexées », c'est-à-dire des traites dont le montant est variable et qui ne sont acceptées que sous la réserve des cours de certaines marchandises ou de certains tarifs. Les syndics ne parlent-ils pas déjà de concordats indexés ? ». En Finlande, l'indexation des comptes en banque existe déjà depuis plusieurs années.

(84) J. CARBONNIER, *op. cit.*, 1^{re} éd., pp. 24-25.

du système ne serait plus possible » (85). Renoncer à discriminer serait mettre un frein, sinon un terme, à tout progrès.

D'autre part, l'indexation généralisée aurait pour effet de reculer indéfiniment le palier de stabilisation, il deviendrait impossible de mettre fin à l'inflation. « En prolongeant indéfiniment le désajustement initial elle ne peut en fait qu'aboutir au renforcement du processus inflationniste » (86). Si l'on admettait ce développement de l'indexation il faudrait se résoudre à vivre dans l'inflation; la monnaie aurait alors un rôle nouveau.

Dans ces conditions, l'inflation prendrait en effet des proportions telles que la monnaie serait anéantie (87). Elle ne conserverait que son rôle de moyen de paiement, elle perdrait ceux de réservoir de valeur et d'instrument d'évaluation. Libre à certains de voir là un progrès. Enfin on remarquera que dans un tel système « il ne saurait y avoir de véritables prix : il y a des taxes, des barèmes, des tarifs. Il n'y a pas de prix » (88).

Il est donc nécessaire de lutter contre la généralisation de l'indexation. Mais quand bien même, en dépit des difficultés, parviendrait-on à restreindre son champ d'application, ne serait-il pas à craindre que, même ainsi contenue, l'indexation ait un effet nocif? On peut le redouter en période d'inflation ouverte.

B. — L'INDEXATION PARTIELLE EN PÉRIODE D'INFLATION OUVERTE.

40. — Dans cette phase, ce sont encore les caractères négatifs de l'indexation qui l'emportent. Leur effet nocif se marque d'abord sur le plan psychologique. Nous savons que la valeur de la monnaie dépend de la confiance des particuliers; or, ainsi que le remarquait Henri Capitant, toute clause d'indexation « favorise la psychose de hausse et précipite la chute de la monnaie ». Le seul fait de l'existence de ces clauses entretient un climat de méfiance nuisible au maintien de la valeur de la monnaie (89), il constitue par là même un facteur d'inflation. Mais leur fonctionnement a un effet beaucoup plus marqué.

Tout d'abord, elles favorisent la tendance naturelle des individus, en période d'inflation, à se tourner vers les valeurs réelles;

(85) H. GUITTON, *loc. cit.*, Rev. Eco., 1955, p. 213.

(86) M. VASSEUR, *loc. cit.*, R.T.D.C., 1952, p. 131, n° 15.

(87) E. JAMES, *loc. cit.* « Que la généralisation de l'indexation aboutisse, après une hyper-inflation, à la disparition de l'unité monétaire nationale comme instrument de numération, on ne saurait en douter ».

(88) A. TOULEMON, *op. cit.*, p. 75.

(89) Ainsi le Président de Gaulle, dans son discours radiodiffusé du 29 décembre 1958, s'élevait contre « toute une série d'indexations qui ne sont en réalité que proclamation de méfiance à l'égard de la monnaie ».

elles incitent au remploi en facilitant l'acquisition de ces biens (90). Elles contribuent ainsi à l'accélération de la vitesse de circulation de la monnaie. Mais il y a plus grave : l'indexation pousse à la hausse des prix. L'expérience a en effet montré qu'elle freinait moins la hausse que la baisse (91) ; il est fréquemment prévu que la clause n'aura d'effet qu'en cas de hausse, mais qu'elle ne pourra conduire à la réduction de la somme de base prévue au contrat. La clause de remboursement minimum ne peut, par suite, être admise.

Les clauses d'indexation, d'autre part, causent une grave rigidité dans l'économie nationale en reliant les prix essentiels les uns aux autres. Toute hausse partielle se répercute automatiquement, et dans un bref délai, sur de nombreux autres prix. Les désajustements, qui doivent normalement permettre de franchir le palier de stabilisation, deviennent fort problématiques ; par suite, l'inflation tend à se perpétuer. « L'indexation alimente et entretient l'inflation qui, sans elle, aurait décré d'intensité » (92). L'indexation facilite l'existence du cycle infernal (93).

Elle va aussi nuire au commerce international. Les techniciens de l'O.E.C.E. l'ont remarqué (94) : « L'application stricte de l'indexation produit dans le système des prix objectifs un élément de rigidité supplémentaire... qui ne permet pas de tenir compte directement des modifications importantes survenues sur les marchés européens et mondiaux. » Cette critique prend tout son sens si on la replace dans le contexte de l'évolution politique et économique actuelle. L'indexation étant axée sur les prix nationaux (95), accentue la tendance isolationniste qui se manifeste par exemple dans la législation des changes ; or, l'ouverture du Marché commun semble condamner cette conception. Mais ce n'est pas tant le procès de l'indexation que celui de l'inflation qui est ainsi ouvert.

(90) En ce sens : A. BESSON, conclusions citées, sect. VI.

(91) J. MARCHAL, *Leçons de la Semaine Sociale de Dijon*, 1952.

(92) M. VASSEUR, *loc. cit.*, Rev. Eco., 1955, p. 275, n° 15. En ce sens : E. JAMES, *loc. cit.* : « Qu'en période d'inflation ouverte, les clauses d'indexation doivent avoir pour résultat de précipiter le rythme de celle-ci, personne n'en peut douter ». F.A. MANN, *op. cit.*, p. 133 : « they are liable to become intolerable on account of their strong inflationary tendencies ». En ce sens : DESCHUYTENEER, *Rapport au Comité Exécutif de la Chambre de Commerce Internationale*, février 1959, C.C.I., n° 201.

(93) En ce sens : J. RUEFF, *La restauration du franc*, in *La restauration des monnaies européennes*, Rev. Eco. Pol., numéro spécial, Paris, 1960.

(94) 3^e Rapport sur les politiques agricoles en Europe et en Amérique du Nord (octobre 1958).

(95) Ainsi le Trib. Com. Bordeaux, 11 décembre 1959, G.P., 1960.II, doct. p. 70, a annulé une clause qui avait retenu des indices étrangers.

Toutes ces conséquences de l'indexation conduisent donc à la proscrire en période d'inflation ouverte; les avantages qu'elle peut avoir sont secondaires dans cette période troublée.

C. — L'INDEXATION PARTIELLE HORS DE L'INFLATION OUVERTE.

41. — Hors d'une période d'inflation ouverte, au contraire, les avantages peuvent l'emporter sur les graves défauts que nous avons relevés.

Rappelons tout d'abord que, contrairement à ce qui a été parfois avancé, « l'indexation ne peut jamais provoquer une création de nouveaux revenus, elle ne peut qu'entraîner une redistribution des revenus existants » (96). Elle n'agit que sur la vitesse de circulation de la monnaie.

Or, si elle accélère cette vitesse de circulation en période d'inflation ouverte, on peut se demander s'il en est de même dans celle que nous envisageons. Remarquons tout d'abord que « le prêteur est par définition un épargnant soucieux de faire fructifier ses capitaux; il y a donc de fortes chances pour qu'il réinvestisse le supplément nominal résultant du jeu de l'indexation, alors que la même somme laissée à la disposition de l'emprunteur risque d'être affectée à l'achat de biens de consommation. Par conséquent, la redistribution qu'opèrent les clauses joue dans un sens favorable à l'épargne » (97). L'investissement est en effet un facteur anti-inflationniste. Il est même au centre du problème.

Il ne peut y avoir de placements à long terme que si les détenteurs de capitaux sont assurés de recevoir, lors du remboursement, une somme dont le pouvoir d'achat est au moins égal à celui du prêt qu'ils ont effectué. Les clauses leur donnent cette garantie; à tout le moins elles leur inspirent confiance, ce qui produit le même effet (98), la question étant essentiellement psychologique. Il importe avant tout de donner confiance à ceux qui hésitent à investir. L'indexation répond parfaitement à ce souci. Elle permet « des investissements en face desquels les capitalistes, rendus timorés par de mauvais souvenirs, resteraient sans elle très réticents. Elle dispense ces capitalistes d'acheter de l'or ou des devises, ou des valeurs réelles » (99).

Ainsi, par un curieux renversement de la situation, l'indexation, loin de favoriser l'inflation va, au contraire, en facilitant les investissements puis la production, contribuer au retour à la stabilité. On a pu le constater en France après 1952 (100).

(96) E. JAMES, *loc. cit.*

(97) DURIEUX, PRÉCIGOUT, *op. cit.*, p. 23.

(98) RADOUANT, *op. cit.*, p. 588.

(99) E. JAMES, *loc. cit.*

42. — De plus, on a pu remarquer que l'extension de la pratique de l'indexation incite les Gouvernements à lutter contre l'inflation (101). Il n'y a rien d'étonnant à cela ; les créanciers se trouvant protégés n'ont plus à craindre une inflation qui, devenue inutile, tend à produire rapidement des effets nuisibles pour tous. Les pouvoirs publics se trouvent dès lors contraints d'intervenir et de protéger la monnaie. M. le professeur Guitton a pu ainsi dire que « l'échelle mobile jouerait le rôle d'un épouvantail... Il est peut-être bon que l'indexation existe, mais à la condition qu'elle ne serve jamais » (102).

Sans être aussi strict que cet auteur, nous conviendrons cependant que l'utilisation des clauses d'indexation doit être soumise à un sérieux contrôle. Ce n'est que dans des circonstances bien déterminées qu'elles peuvent être préconisées. Le Gouvernement ne devra les autoriser qu'après une étude très complète de la conjoncture (103).

§ 3. — Les conditions d'efficacité des clauses d'indexation.

43. — Il est bien évident, dès l'abord, que les clauses d'indexation ne peuvent avoir un effet positif que dans la mesure où elles viennent appuyer une politique cohérente de redressement économique. L'indexation peut constituer un élément favorable de lutte contre l'inflation, mais elle ne peut jouer qu'un rôle accessoire, encore qu'important. Il faut, de plus, que son action réponde à deux impératifs : qu'elle assure la protection de l'équilibre monétaire, et qu'elle permette le développement de la vie économique du pays.

A. — LA PROTECTION DE LA MONNAIE.

44. — La protection de la monnaie n'impose pas, il s'en faut de beaucoup, la prohibition absolue des clauses d'indexation. Une

(100) En ce sens : R. SÉDILLOT, *op. cit.*, p. 153 : « L'indexation apparaît au-delà de 1952, non pas comme un accélérateur d'inflation, mais comme un frein. »

(101) En ce sens : E. JAMES, *loc. cit.* : « Il est très remarquable que dans certains pays où l'indexation a été autorisée et s'est généralisée, la lutte contre l'inflation soit devenue plus effective et que celle-ci ait été arrêtée. » M. de la MARNIERE, note sous Paris, 4 juillet 1959, D. 1960.317 : « Le jeu de l'indexation, dans la mesure où il se généralise, en enlevant tout avantage quelconque à une dévaluation monétaire est de nature à y faire obstacle. » G. MALIGNAC, *loc. cit.* HOUIN, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. 8, p. 262.

(102) H. GUITTON, *op. cit.*, p. 217.

(103) On remarquera cependant avec M. CARBONNIER, R.T.D.C., 1957, p. 553, n° 5, que « après tout, quand on constate que, sans échelle mobile, le

reconnaissance partielle de leur validité peut au contraire avoir un effet bénéfique marqué en rétablissant un climat de confiance. Elle permet en effet d'éviter la fuite devant la monnaie, fuite qui, nous l'avons vu, constitue l'une des deux grandes causes de la naissance et du développement du processus inflationniste. La monnaie tirant sa valeur d'une réaction psychologique, c'est bien sur ce plan qu'il convient de se placer.

Or il est essentiel de défendre la monnaie; une monnaie stable est nécessaire au jeu normal des relations économiques. La monnaie a été trop longtemps sacrifiée à une certaine politique économique, il convient de lui restituer son rôle véritable (104). Elle mérite d'être considérée comme une fin en soi, et non comme un simple accessoire.

Mais si les clauses d'indexation peuvent, dans une certaine mesure, contribuer à la stabilité monétaire en créant un climat de confiance, elles risquent aussi de détruire l'équilibre monétaire. Il faut, pour pallier ce danger, s'attacher à atténuer les effets nocifs dus à l'automatisme et à la tendance à la généralisation qu'elles comportent.

Il s'est avéré fort difficile de lutter contre l'automatisme des clauses d'indexation. Une suppression intégrale de cet automatisme n'est pas concevable; elle reviendrait à prohiber les clauses d'indexation et à imposer l'emploi des clauses de variation; or, celles-ci ne peuvent satisfaire aux besoins des particuliers. Une telle substitution constituerait un recul regrettable, elle créerait un climat de méfiance tel que le remède serait pire que le mal. Une suppression partielle serait, de son côté, difficilement applicable; elle ne peut pratiquement être réalisée que par des initiatives privées.

Il est en revanche beaucoup plus facilement réalisable de freiner la tendance à la généralisation. Dans ce cas, on ne s'attaque en effet qu'à l'application des clauses et non à leur nature. On peut concevoir de n'autoriser l'indexation que dans certains contrats, de ne l'admettre qu'entre certaines personnes (105) ou de ne la valider que sous certaines conditions. Il se pose alors une question de critère, qui s'est révélée très délicate à résoudre. Sur ce point

franc de Germinal a été ramené à un centime, il est permis de conjecturer que ladite échelle ne fera jamais pire ».

(104) Néanmoins, M. VASSEUR nous semble aller un peu loin lorsqu'il affirme : « Avant de vouloir protéger le prêteur, avant de penser à sauvegarder les intérêts de l'emprunteur, il importe de songer à l'intérêt de la monnaie. Cette considération domine toutes les autres ». Travaux de l'Association Henri Capitant, T. 8, p. 160.

(105) Ainsi les grands emprunts des entreprises nationalisées ne sont plus actuellement indexés. Ils ne comportent plus qu'une valeur de remboursement et des intérêts progressifs.

encore, les considérations économiques ne devront jamais être perdues de vue. S'il est nécessaire, pour sauvegarder la monnaie, de restreindre le domaine de l'indexation, il est non moins indispensable de déterminer ces limites en fonction des besoins économiques.

B. — LA SAUVEGARDE DE LA VIE ÉCONOMIQUE.

45. — En cette matière encore, la confiance qu'inspireront les mesures constituera la pierre angulaire du succès et du progrès. Le commerce repose sur le crédit, et le crédit sur la confiance (106). De même, il n'y a épargne que dans la mesure où la confiance existe. Or, épargne et crédit sont indissolublement liés. Il ne peut y avoir d'épargne que si les investissements sont possibles.

Le problème de l'épargne a pris de nos jours une acuité extrême (107). Son insuffisance nuit tant à l'économie qu'à l'équilibre budgétaire (108). Or les clauses d'indexation, en assurant les détenteurs de capitaux — les prêteurs plus exactement — contre la dépréciation monétaire, favorisent l'épargne. Ceux-ci peuvent ne plus employer leurs disponibilités en l'achat de valeurs réelles et se tourner vers le prêt.

Mais est-il bon que tous les prêts, sans distinction, soient favorisés? On peut en douter. S'il est nécessaire de faciliter les prêts à la production, il est au contraire préférable de freiner les prêts à la consommation. Les premiers permettent d'accroître la masse des biens offerts sur le marché, ce qui permet de prévenir l'inflation, les seconds, au contraire, ne peuvent avoir qu'un effet inflationniste. Cette opposition est fondamentale (109).

(106) Comme le font remarquer COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, p. 611 : « Créance veut dire crédit, confiance du créancier en son débiteur ». On pourrait ajouter : confiance dans la monnaie. De même J. NOIREL, *loc. cit.*, n° 3, note que « sans un minimum de sécurité contractuelle, il n'y a plus de commerce juridique possible qu'au comptant. Or l'économie moderne ne saurait se passer de crédit, et qui dit crédit, dit confiance ».

(107) En ce sens : A.L. JEUNE, *L'épargne, problème actuel de l'Occident*, Banque, 1960, p. 417 : « parce qu'il n'y a pas d'expansion sans épargne, l'épargne devient aujourd'hui l'impératif n° 1 du monde libre ».

(108) Le rapport Rueff insiste sur ce fait que le déficit budgétaire, pour ne pas être cause d'inflation, doit être couvert par l'emprunt, ce qui implique que le marché financier puisse permettre de couvrir les emprunts. Il ne peut en être ainsi que si l'épargne est suffisante... et que si la confiance règne.

(109) En ce sens : M. VASSEUR, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. 8, p. 160 (p. 179) : « L'économie politique suggère aux juristes de distinguer le prêt à la consommation économiquement stérile et pour lequel la condamnation de l'échelle mobile ne doit connaître aucun tempérament et le prêt à la production qui pourrait être valablement indexé. » G. RIPERT, note sous Civ., 27 juin 1957, D. 1957.649. A. TRASBOT, *loc. cit.* M. VASSEUR, « *Echelle mobile* 53 », D. 1954, chr. 1, n°s 18 et 19

C'est d'ailleurs en considération des personnes qui sont devenues débitrices par suite de l'acquisition de biens de consommation que de nombreux auteurs ont défendu le principe nominaliste (110). Les considérations économiques rejoignent ici les idées humanitaires. Le Gouvernement l'a bien senti, qui tente de freiner cette catégorie de prêts et de favoriser les prêts à la production.

46. — Il s'est efforcé de favoriser les investissements afin de faciliter l'entrée de la France dans le Marché commun, d'obtenir un retour à l'équilibre entre la masse des biens offerte sur le marché et la masse monétaire en circulation et de renforcer l'épargne. Les particuliers n'épargnent en effet que s'ils peuvent investir, mais ils n'épargnent et investissent que s'ils ont confiance (111). L'indexation des investissements apparaît comme une nécessité impérieuse (112).

Cependant cette distinction est insuffisante à un double point de vue. D'une part, elle ne concerne qu'un contrat bien particulier, alors que le problème de l'indexation est général. D'autre part, elle est trop imprécise pour être utilisée directement. Tout ce que l'on peut dire c'est que la clause d'indexation doit avoir pour effet de permettre la constitution de biens productifs.

47. — Il semble donc que l'inflation caractérisée qui a régné en France depuis quelques années, et qui se trouve actuellement dans une phase non ouverte, n'interdit nullement la pratique de l'indexation. Encore faut-il que les clauses utilisées n'agissent pas défavorablement sur les deux facteurs essentiels d'inflation : le déséquilibre monétaire et le déséquilibre économique.

Ainsi en Grèce, le 9 mai 1953, l'Aréopage a autorisé l'indexation dans les prêts afin de favoriser les investissements. On remarquera de même qu'au Moyen Age la condamnation du prêt à intérêt avait eu comme cause la prédominance du prêt de consommation. Lorsque les prêts à la production ont pris de l'importance, les autorités ecclésiastiques ont dû revenir partiellement sur cette interdiction. Cf. sur ce point : A. DUMAS, *Dict. Droit Canonique*, T. V, article Intérêt et usure, Col. 1479.

(110) Tel est le cas, par exemple, de M. R. SAVATIER, note sous Civ., 3 novembre 1953, D. 1954.1 : « D'abord, affirmons-nous, l'article 1895 ne concerne que le prêt de consommation portant sur de l'argent. »

(111) M. W. Baumgartner, Ministre des Finances et des Affaires Economiques, a fort justement souligné ce problème (Libéralisme et discipline, Rev. Pol. et Par., avril 1961, p. 23) : « Le financement des investissements ne peut s'effectuer, dans un climat de liberté, sans une épargne saine, c'est-à-dire sans une monnaie stable, propre à assurer sa formation et son emploi fécond. »

(112) En ce sens : F.A. MANN, *op. cit.*, p. 134 : « It must be realized that inflationary tendencies cannot be stemmed by legal weapon in general or the abolition of protective clause in particular, and that, to encourage savings and investments, it is justifiable and necessary to create a sense of security and confidence. »

Pour atteindre ce résultat, il est nécessaire de limiter le domaine de l'indexation. Un critère de validité doit être dégagé. Sans doute devra-t-il satisfaire à ces impératifs, mais il lui sera demandé plus. Il devra en outre être acceptable sur le plan juridique puisque c'est par la voie d'actes juridiques que se pose le problème de l'indexation. Aux yeux des juristes ce sera même là la condition primordiale à laquelle il ne pourra être satisfait que si ce critère peut recevoir une place harmonieuse dans la théorie générale de l'indexation.

On voit de la sorte que, si la connaissance des phénomènes économiques et monétaires est nécessaire à l'élaboration de la théorie générale de l'indexation, la solution des problèmes juridiques posés par l'indexation ne peut être recherchée que sur la base de la théorie générale de l'indexation.

PREMIERE PARTIE

THÉORIE GÉNÉRALE DE L'INDEXATION

48. — La théorie générale de l'indexation ne saurait être étudiée que dans ses rapports avec la théorie de la monnaie dont elle est la pièce maîtresse. Il ne faut pas oublier en effet que stipuler une clause d'indexation revient à choisir une monnaie de compte. Les progrès de l'une se traduisent d'ailleurs nécessairement par une évolution de l'autre. Au demeurant elles ont toujours été liées de manière plus ou moins intuitive et implicite.

Ce lien apparaît très nettement à la lumière de l'étude de l'histoire de la théorie de l'indexation et des théories monétaires qui ont connu une évolution parallèle (chap. 1^{er}). Il ressort tout aussi clairement de la législation récente puisque la détermination d'un critère de validité de l'indexation par le législateur (chap. 2) s'est traduite et a été complétée par un renouveau du système monétaire français (chap. 3).

CHAPITRE PREMIER

Histoire de l'indexation et des théories monétaires.

49. — L'histoire de l'indexation a toujours été présentée comme un épisode de l'opposition entre les théories nominaliste et valoriste; elle en constitue en réalité le bastion avancé. Il semble en effet que ce soit sur ce point que les discussions les plus nettes aient porté. La question de l'indexation constitue la charnière du régime des paiements puisqu'elle soulève à l'état pur la question de savoir si l'on peut autoriser les particuliers à choisir leur propre monnaie de compte.

Sur le plan des principes les théories en présence s'opposent du tout au tout. Si l'on considère que la théorie étatique de la monnaie est la seule valable, il faut admettre que seule la valeur nominale doit être prise en considération; on adopte ainsi le principe nominaliste. En revanche, si l'on admet le bien-fondé de la théorie métalliste, il faut s'attacher à la valeur réelle; on retient ainsi le principe valoriste. Enfin, si l'on se tourne vers la théorie psycho-sociologique, c'est à la valeur marchande (1) qu'il faut faire appel; on applique alors un principe valoriste légèrement différent du précédent.

En fait, si ces solutions extrêmes peuvent être retenues à l'état pur en période de stabilité monétaire, elles ne peuvent l'être en présence d'une dépréciation importante. Les systèmes adoptés sont

(1) La valeur donnée par les particuliers à la monnaie peut en effet être qualifiée de valeur marchande ou de valeur courante. Sur ce point cf. la remarquable analyse de SAVIGNY, *op. cit.*, n° 5.

beaucoup plus nuancés. En général, tous partent du principe nominaliste, mais ils lui accordent rarement un effet absolu et intangible. Des atténuations plus ou moins importantes lui sont apportées. Le nominalisme fait souvent place à un valorisme partiel. Il peut s'agir d'un valorisme législatif, tel est le cas des lois de revalorisation; d'un valorisme contractuel, lorsqu'il y a dans un acte stipulation d'une clause d'indexation ou report d'une date d'évaluation; d'un valorisme judiciaire enfin, en vertu duquel les magistrats procèdent aux mêmes opérations que les particuliers ou réévaluent des dettes échues.

Longtemps les discussions n'ont eu pour objet que la reconnaissance de la validité du valorisme contractuel. Plus récemment on s'est demandé dans quelle mesure il convenait de l'admettre et s'il fallait autoriser le valorisme judiciaire. Peu de textes régissant cette matière, ce sont les auteurs et les magistrats qui ont eu à répondre à ces questions. Mais une évolution législative récente peut remettre en cause les solutions proposées.

Après avoir rappelé succinctement l'évolution antérieure à la rédaction du Code civil, nous dresserons donc un tableau de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence, qui se sont développées jusqu'en 1958, date à laquelle les bases mêmes du problème ont été modifiées.

L'ÉVOLUTION ANTÉRIEURE À LA RÉDACTION DU CODE CIVIL

a) *Le droit romain.*

50. — Suivant le sort de toutes les monnaies, la monnaie romaine a subi, tout au long de son histoire, une dépréciation continue. Les questions monétaires ont donc certainement dû retenir l'attention des juriconsultes, mais peu de textes relatifs à ce sujet nous sont parvenus.

Il convient cependant de rappeler une sentence de Papinien : « *In pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem* » (2), et un passage de Paul : « *Electa est materia cujus publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret eaque materia formæ publicæ percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebeat quam ex quantitate* » (3).

Ces textes ont été très diversement interprétés (4). Selon les époques — et en fonction de la situation monétaire — les com-

(2) Digeste, 46.3.94.1.

(3) Digeste, 18.1.1. pr.

(4) Sur ce point, cf. G. HUBRECHT, p. 28 et suiv.

mentateurs ont estimé qu'ils consacraient la théorie métalliste de la monnaie et, par suite, le principe valoriste, ou la théorie étatique et, en conséquence, le principe nominaliste. En fait il faut bien reconnaître que « sur la solution romaine les indications nous font presque totalement défaut » (5).

Tout au plus peut-on penser avec M. Hubrecht qu'« il paraît impossible que les Romains, d'esprit si positif, aient admis en principe et sans restriction le nominalisme le plus absolu, qui n'est en effet pas autre chose qu'une fiction » (6).

b) *Les romanistes.*

51. — Au Moyen-Age les manipulations monétaires ont été d'une fréquence et d'une ampleur tout à fait remarquables; le problème de leur influence sur les relations de droit privé s'est posé avec la plus grande acuité. Pour le résoudre les auteurs se sont tournés vers le Digeste.

Accurse, dans sa grande glose, concluait du texte de Paul que ce sont le juste poids et le titre légitime de la monnaie qu'il convient d'observer. S'il optait ainsi en faveur de la conception métalliste de la monnaie c'est que la diversité des espèces imposait la prise en considération de leur seule valeur réelle. Le principe valoriste s'imposait de même : dans une période aussi troublée il est naturel que les particuliers recherchent une certaine stabilité, une sécurité minimum.

Les post-glossateurs ont poussé l'analyse plus loin, ils ont distingué entre la *bonitas intrinseca* (valeur intrinsèque ou réelle) et la *bonitas extrinseca* (valeur nominale). Selon eux la volonté des parties devant être déterminante et se portant sur la première, celle-ci seule devait être prise en considération, du moins en ce qui concerne l'exécution des obligations. Pour la première fois la théorie valoriste se trouvait justifiée par une présomption de volonté des particuliers.

Tous les romanistes jusqu'à Cujas devaient admettre cette conception; Dumoulin, en revanche, la critique violemment.

c) *Les canonistes.*

52. — En droit monétaire, peut-être plus encore que partout ailleurs, les canonistes ont été guidés par des considérations

(5) J.-Ph. LÉVY, *loc. cit.*, J.C.P., 1950.I.840. Dans le même sens : SAVIGNY, *op. cit.*, p. 83 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 23 : « Ici comme en tant d'autres domaines, le rôle du droit romain a surtout consisté à pourvoir le Moyen-Age et les siècles postérieurs de textes antinomiques. »

(6) *Op. cit.*, p. 29.

d'équité et de morale, mais ils n'ont pas pour autant négligé le caractère d'ordre public de cette matière. Partant des mêmes textes que les romanistes ils ont, eux aussi, opposé valeur intrinsèque et valeur extrinsèque. La position qu'ils ont adoptée a néanmoins été fort différente.

Si, respectueux du pouvoir temporel, ils admirent que le Prince peut déterminer seul la valeur extrinsèque de la monnaie, ils lui refusèrent en revanche le droit de porter atteinte à sa valeur intrinsèque. Le Prince pouvait donc à son gré imposer un nom et une valeur nominale à sa monnaie, mais il ne pouvait pas librement en modifier la valeur intrinsèque. Encore était-il tenu d'émettre de la bonne monnaie (7) ; seules des circonstances exceptionnelles pouvaient le dégager de cette obligation (8).

Ainsi se trouvait réalisé un partage entre les théories nominalistes et valoristes. Dans les cas où la valeur extrinsèque avait été modifiée, c'est la première qui s'appliquait ; au contraire, lorsqu'il avait été porté atteinte à la valeur intrinsèque, c'était la seconde qui jouait. En pratique, les dirigeants préférant la méthode qui consistait à rogner les pièces, c'était la seconde qui avait le champ d'application le plus important. Cette solution était conforme au principe de justice commutative qui dominait l'ensemble du droit canonique et que l'on retrouvait dans la théorie du juste prix.

Il faut cependant reconnaître que la conciliation esquissée était trop artificielle pour être viable. Elle présentait d'autre part le défaut de voir son efficacité reposer sur un simple précepte moral qui ne s'imposait pas au Prince. On ne saurait donc être surpris de constater que cette construction fut rapidement abandonnée.

d) *L'ancien droit.*

53. — L'avènement du pouvoir absolu fut suivi de celui de la théorie étatique de la monnaie, le principe nominaliste l'a donc lentement emporté sur le principe valoriste aux ^{xvi}^e et ^{xvii}^e siècles (9). Longtemps cependant les Parlements se sont efforcés de tempérer son application. Ils ont reconnu la validité des contrats stipulés en monnaie réelle malgré l'existence de textes prohibitifs enregistrés à la Cour des Comptes. Ainsi le Parlement de Paris

(7) Ainsi Hostiensis considérait que le Prince qui émettrait une mauvaise monnaie se rendrait coupable d'un véritable *crimen falsi*.

(8) Tel sera le cas en période de guerre (Corpus Juris Canonici, Decr. C. 14 IV c. 12 *in fine*).

(9) Sur ce point : G. HUBRECHT, *op. cit.*, p. 53. E. SZLECHTER, *La monnaie en France au ^{xvi}^e siècle, droit public*, R.H.D., 1951, p. 400, *droit privé*, R.H.D., 1952, p. 80. G. HUBRECHT, *Quelques observations sur l'évolution des doctrines concernant les paiements monétaires du ^{xii}^e au ^{xviii}^e siècle*, in *Aequitas und bona fides*, Bâle, 1955.

admit le 13 août 1569 et le 26 juillet 1594 que le paiement d'une rente contractée en monnaie réelle devait être effectuée à la valeur de l'écu au jour du paiement. Cette solution a été généralement appliquée à tous les contrats stipulés en monnaie réelle (10). En revanche ceux dont les prestations monétaires avaient été fixées en monnaie de compte légale devaient être exécutés sans que soient prises en considération les variations de valeur qui avaient pu survenir.

Ainsi, la monnaie de compte légale étant normalement retenue, le nominalisme était de principe. Mais les tribunaux ne lui reconnaissaient pas une valeur absolue et admettaient que les particuliers contractassent en valeur-or ou valeur-argent. De nos jours, on dirait qu'ils reconnaissaient la validité des clauses d'indexation monétaires. Mais cette jurisprudence étant en contradiction avec l'évolution des théories monétaires, les Parlements ne purent la maintenir à l'encontre de textes formels (11) et de l'avis quasi unanime des auteurs.

54. — C'est ainsi que Dumoulin, après avoir adopté la conception étatique de la monnaie (12), et bien qu'il lui eût reconnu certaines limites (13), se prononça pour un nominalisme d'ordre public. Selon lui, la monnaie étant à la disposition du Prince, seule la valeur nominale doit être prise en considération et encore doit-elle l'être au jour de l'exécution de la convention. Toute clause valeur-or ou valeur-argent lui semblait devoir être tenue pour nulle. Il est vrai qu'il tempérait la rigueur de ce principe pour les cas où le Prince abuserait de son pouvoir, mais ce point de son raisonnement étant peu convaincant n'a été retenu par aucun de ses disciples.

De même Grimaudet, après avoir rappelé en deux chapitres très approfondis l'évolution des théories nominalistes et valoristes, concluait en faveur de la première. Son premier argument ayant

(10) Sur ces deux arrêts, et sur l'ensemble de cette jurisprudence, cf. E. SZLECHTER, *loc. cit.*, R.H.D., 1952, p. 80.

(11) Ainsi l'Edit d'Angers de juin 1551 interdit de stipuler en monnaie réelle et impose l'emploi de la livre. L'Edit de Poitiers, de novembre 1577, revient sur cette mesure. Henri IV enfin, en 1602, par l'Edit de Monceaux impose l'emploi de la monnaie de compte légale.

(12) Sommaire du livre analytique des contrats, Paris, 1547, fol. 141, n° 289, *in fine* : « La bonté intrinsèque et détermination du titre, pied et aloi, réside au pouvoir et disposition des supérieurs, à quoi les inférieurs ne doivent pas toucher mais user du cours et valeur imposée du supérieur et publiquement reçu et approuvé ».

(13) Il estime en effet, *Des contrats*, n° 293, que « l'intention du droit naturel et humain est que la valeur de la monnaie soit uniforme, stable et perpétuelle ».

été tiré de l'évolution des théories monétaires (14), il invoquait en second lieu que : « Au contrat le débiteur recevant l'espèce sans appréciation, a seulement reçu l'estimation ou valeur imposée de l'espèce, car au commerce en l'espèce n'a été considéré le corps d'icelle, mais sa valeur » (15). On remarquera que cet auteur s'efforce de tirer argument de l'intention des parties alors que ce terrain paraissait être le domaine de prédilection des tenants de la théorie valoriste. Il est d'ailleurs permis de ne pas le suivre dans ses conclusions : ce que les parties ont eu en vue lors de la rédaction de la convention ce n'est pas une valeur nominale abstraite, mais bien une valeur réelle susceptible d'assurer un certain pouvoir d'achat.

55. — Un nominalisme aussi absolu que celui qui a triomphé au XVII^e siècle devait naturellement susciter une réaction. Elle a été le fait des physiocrates. Se refusant à admettre la fiction que suppose la théorie étatique ils ont rénové, développé et systématisé la théorie de la monnaie-marchandise qui avait été spontanément adoptée par la pratique depuis plusieurs siècles. Par suite la théorie valoriste reprenait droit de cité, elle se trouvait même renforcée par le fait qu'elle était incluse dans un système très cohérent.

D'Aguesseau, s'opposant aux théories de Law, dont il prévoyait l'échec, a remarquablement développé cette conception. Selon lui « on doit regarder comme un axiome et comme un premier principe en matière de monnaie que sa véritable valeur n'est autre que celle de sa matière » (16) ; il en est ainsi parce que « la monnaie est une marchandise et elle n'a point d'autre valeur que sa valeur réelle et intrinsèque » (16). Adoptant la théorie métalliste il consacrait ainsi tout naturellement le principe valoriste (17).

Ce mouvement de réaction ne devait cependant pas rallier l'unanimité des auteurs ; certains s'en tinrent aux conceptions classiques. Tel fut le cas de Pothier.

56. — S'étant interrogé sur la possibilité de contracter en écus dans un contrat de constitution de rente, il conclut que « une telle convention ne peut être valable parce qu'il n'est pas permis aux particuliers de donner, par leurs conventions, aucune atteinte au droit public ». Tenant pour acquise la théorie étatique de la

(14) F. GRIMAUDET, *Œuvres*, Paris, 1613, p. 564 : « Si c'est la valeur imposée qui l'emporte sur la valeur réelle, c'est qu'elle est le commandement et la loi du Prince. »

(15) GRIMAUDET, *op. cit.*, p. 599.

(16) D'AGUESSEAU, *Considérations sur les monnaies*, Paris, 1718, p. 27.

(17) Sur ce point cf. G. HUBRECHT, *Les considérations sur les monnaies du chancelier d'Aguesseau, Le chancelier d'Aguesseau*, Limoges, 1953, p. 103.

monnaie il se prononce très fermement pour l'application stricte du principe nominaliste. Il se montre ainsi plus intransigeant que Dumoulin. Cependant, fort de l'expérience catastrophique de Law, il admet une limitation à ce principe; il concède que la clause monnaie réelle serait valable au cas où le roi jugerait à propos de donner cours à une monnaie de papier : « La grande défaveur de cette espèce de monnaie de papier peut faire admettre cette clause » (18).

Reprenant cette question trois ans plus tard à propos du contrat de prêt (19), il est peut-être encore plus net : « On ne peut prêter la monnaie en elle-même, mais seulement comme signe de la somme qu'il a plu au Prince de lui faire signifier et par conséquent on ne peut obliger l'emprunteur à restituer autre chose que cette somme ; et toute convention contraire doit être rejetée comme contraire au droit public » (20).

Ainsi Pothier apparaît comme un farouche partisan de la théorie nominaliste; il lui confère un caractère absolu et n'admet pas que l'on puisse écarter la monnaie légale. Il rejette toute limitation à ce principe (21). Or nous verrons que les rédacteurs du Code civil se sont inspirés de ses ouvrages; on a donc pu se demander s'ils avaient entendu consacrer sa conception. Il serait hâtif de conclure en ce sens. Ce serait faire bon marché de l'influence considérable qu'a eue sur les Révolutionnaires la théorie physiocratique; ce serait tenir pour négligeables les connaissances monétaires acquises chèrement sous la Révolution.

e) *Le droit intermédiaire.*

57. — Cette période a été dominée par deux dépréciations catastrophiques qui ont conduit chacune à une faillite : celle des assignats, puis celle des mandats territoriaux. Elles ont eu pour effet de rompre accidentellement la politique monétaire des pouvoirs publics.

Les Constituants étaient dans leur grande majorité favorables à la théorie métalliste; ils tenaient pour valables les stipulations

(18) POTHIER, *Traité du contrat de constitution de rente*, Paris, 1763, n^{os} 98 et 99.

(19) POTHIER, *Traité du prêt du consommation*, Paris, 1766, n^{os} 36 et 37.

(20) POTHIER note d'ailleurs, quelques lignes plus loin, que « Dans la monnaie on ne considère pas les corps et pièces de monnaies, mais seulement la valeur que le Prince y a attachée ».

(21) Rappelons à ce propos une conciliation ingénieuse et équitable entre ces deux principes préconisée par Barbeyrac, en ce qui concerne le contrat de prêt. Cet auteur proposait d'appliquer le principe nominaliste au prêt à intérêt et le principe valoriste au prêt gratuit. Cette suggestion n'a jamais été retenue : elle ne répond à aucune nécessité économique.

en monnaie réelle, le valorisme leur paraissait donc devoir être largement admis. Ainsi, même après l'émission des premiers assignats (décrets des 19 et 21 décembre 1789), même après l'institution de leur cours forcé (décret du 18 septembre 1790), ils admirent que ces billets pouvaient être librement négociés, l'agiotage leur parut parfaitement licite. On ne saurait s'en étonner si l'on se rappelle que pour eux la monnaie était une marchandise. Un décret du 17 mai 1791 est particulièrement explicite : « Les assignats ont cours forcé, mais nullement cours forcé obligatoire au pair, de telle sorte que l'échange des assignats contre des espèces métalliques peut se faire sur d'autres bases que d'après leurs valeurs nominales respectives. »

Mais la planche à assignats fonctionnant sans relâche, l'agio crût dans des proportions inquiétantes; les billets devenaient chaque jour plus difficiles à faire accepter à des taux cependant chaque jour plus bas. Les Conventionnels durent réagir, ils consacrèrent un nominalisme absolu : une livre en assignats devait être considérée comme équivalente à une livre d'espèces métalliques. Un décret du 11 avril 1793 interdit même la vente des monnaies métalliques sous peine de fers. Les orateurs s'efforcèrent en vain à la tribune de l'Assemblée de démontrer la vanité de la croyance en l'or. Personne ne les crut; nombre d'entre eux mourut millionnaire en francs-or (22). Les particuliers avaient confiance en l'or, cette monnaie résista à toutes les attaques du Gouvernement. En freinant le commerce, ces textes furent nuisibles à l'économie, mais ils ne sauvèrent pas les assignats.

Les 21 juin et 31 juillet on dut renoncer à ce nominalisme outré, on en revint à la théorie physiocratique et au valorisme : les clauses valeur-or furent reconnues valables. Une véritable législation des revalorisations fut même instituée.

L'histoire des mandats territoriaux n'a constitué qu'une répétition de celle des assignats, à cette différence près que, les particuliers étant avertis, la dépréciation commença le jour même de l'émission.

58. — Ainsi, à la fin de la période révolutionnaire, chacun était acquis à la théorie métalliste et au valorisme. Bonaparte, avant tout soucieux d'ordre, restaura la stabilité monétaire; il consacra l'autonomie de la monnaie et son indépendance envers les pouvoirs publics.

Mais si la loi du 7 *Germinal*, an XI, consacrait sans conteste la théorie métalliste, le valorisme était-il pour autant institué? L'évo-

(22) Sur ce point, cf. A. TOULEMON, *op. cit.*, p. 39. Ch. RIST, *La défense de l'or*, p. 24 et suiv.

lution postérieure ne lui porta-t-elle pas atteinte? Les textes antérieurs aux ordonnances de 1958 et 1959 n'étant pas aussi clairs que l'on eût pu le désirer, doctrine et jurisprudence éprouvèrent les plus grandes difficultés à répondre à ces questions.

I. — LA LEGISLATION

Nous avons vu que de 1803 à 1958 les lois monétaires ont été fort nombreuses; elles nous ont apparemment conduit de la théorie métalliste à la théorie étatique. On a pu dès lors se demander si cette évolution n'avait pas eu pour effet de modifier la solution adoptée par le Code civil en ce qui concerne le nominalisme et le valorisme et si elle n'avait pas influé sur la théorie de l'indexation. En particulier, la dépréciation postérieure à la seconde guerre mondiale a été suivie de divers textes spéciaux concernant celle-ci; on a pu se demander s'il était possible de généraliser les mesures qu'ils instituaient.

§ 1. — Les textes classiques.

59. — Il convient d'écarter tout de suite un texte qui a été autrefois fréquemment invoqué en faveur du nominalisme, l'article R.30 11° du Code pénal (23). Cet article, qui concerne les contraventions de la deuxième classe, dispose :

« Seront punis d'amende, depuis 2.000 fr jusqu'à 4.000 fr « inclusivement :

« 11° Ceux qui auraient refusé de recevoir les espèces et monnaies nationales, non fausses ni altérées, selon la valeur pour laquelle elles ont cours. »

Les auteurs s'accordent pour reconnaître qu'il n'a pas la portée absolue que l'on avait pu croire et qu'il ne s'applique qu'en l'absence de convention ou d'intention contraire des parties (24). De toute manière il serait peu convaincant de faire reposer un nominalisme absolu sur le simple fondement d'une sanction contraventionnelle dont le texte est, ne l'oublions pas, d'interprétation stricte. Nous le tiendrons donc pour inopérant.

60. — De fait, le seul texte concernant valorisme et nominalisme est l'article 1895 du Code civil dont il convient de rappeler les termes :

(23) Il s'agit de l'ancien article 475 11° C. pén. modifié par le décret n° 58-1303 du 23 décembre 1958.

(24) En ce sens : G. HUBRECHT, *op. cit.*, p. 107, et références citées, H.L.J. MAZEAUD, *op. cit.*, T. II (2° éd.), n° 874, p. 780.

« L'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours
« que de la somme numérique énoncée au contrat.

« S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant
« l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numé-
« rique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces
« ayant cours au moment du paiement. »

Pendant plus d'un siècle cet article n'a eu qu'un intérêt purement doctrinal. En 1912, Planiol a pu écrire : « Avec un régime monétaire fixe comme celui que nous avons depuis l'adoption du système métrique cette règle n'a pas grande application » (25). Heureux temps ! Analysant néanmoins cet article, cet auteur conclut qu'il relève du principe nominaliste : « Si l'obligation a pour objet de l'argent, le débiteur doit l'acquitter en fournissant la somme due d'après la valeur nominale des monnaies au jour du paiement et non d'après la valeur qu'avaient les monnaies au jour où l'obligation a été contractée. »

Personne ne doute que cet article pose le principe du nominalisme monétaire dans notre droit (26) ; personne ne peut même le regretter car cette règle facilite le règlement de la grande majorité des transactions dans lesquelles n'entre pas un élément de temps ; tout le monde, en revanche, ne s'entend pas pour déterminer son champ d'application et son autorité. La discussion de ce texte conserve d'ailleurs, il convient de le souligner, un certain intérêt actuel puisque les textes récents ne concernent pas toutes les conventions.

A. — L'ARTICLE 1895 EST-IL GÉNÉRAL, OU SPÉCIAL AU PRÊT ?

61. — Pour nos anciens auteurs il n'y avait pas là matière à discussion ; il paraissait évident que cet article posait une règle valable pour l'ensemble de notre droit : le nominalisme. Aussi Planiol ne faisait-il que signaler incidemment que « la loi a formulé cette règle à propos du prêt d'argent dans l'article 1895 » (27). Partisans et adversaires d'un nominalisme absolu s'accordaient sur ce point ; les événements devaient rompre cette unité.

(25) M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, n° 419 (6° éd., Paris, 1912).

(26) En ce sens p. ex. : GÉNY, *La validité juridique de la clause payable en or*, R.T.D.C., 1926, p. 557, n° 9. « Il n'est pas douteux qu'il consacre positivement la conséquence la plus notable de la théorie dite de la monnaie-signes, qui avait prévalu dans notre Ancien Droit ».

(27) En ce sens : DEMOLOMBE, T. XXVII, p. 222. GÉNY, *loc. cit.*, ci-dessus : « Bien que ce texte soit écrit en vue du contrat de prêt, nous admettrons sans peine qu'il doive s'appliquer à tout règlement d'une obligation d'argent, quelle qu'en soit la source ». DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, T. II, p. 132. DURANTON, *Cours de droit français*, T. XII, p. 91. AUBRY et RAU, T. IV, par E. BARTIN (6° éd., Paris, 1942), p. 235, note 11.

La Cour de Cassation ayant admis dans de nombreux cas la validité des clauses d'indexation, donc du valorisme contractuel, malgré l'opposition des partisans d'un nominalisme d'ordre public, ceux-ci se virent débordés. Afin de préserver, au moins partiellement, leur doctrine, ils soutinrent alors que l'article 1895 était spécial au prêt. Ils établissaient ainsi une seconde et ultime ligne de défense.

Tel a été le cas de M. le Doyen Savatier (28). « Quoi qu'on ait pu prétendre, écrit-il, l'article 1895 est spécial au contrat de prêt d'argent. » De nombreux auteurs ont soutenu la même opinion (29). M. le Doyen Carbonnier, par exemple, estime que cet article permet « d'inférer que le législateur a attaché au principe nominaliste une particulière importance en matière de prêt ».

62. — Quels arguments les auteurs invoquent-ils en ce sens? Le premier est tiré du texte même de l'article 1895. Ils rappellent que cet article, placé dans le Titre X du Livre III consacré au prêt ne vise que le prêt d'argent, et que rien ne permet de l'étendre aux autres contrats. L'argument est faible. Si la règle du nominalisme a été posée au titre du prêt, c'est que c'est à propos de ce contrat qu'elle présente le plus d'intérêt. Or il ne faut pas oublier que le Code civil ne contient pas une théorie générale des obligations, mais que les règles principales ont été posées à propos de leur application la plus importante.

Le second argument, qui touche au fond de la question, est plus intéressant. Le contrat de prêt serait essentiellement différent des autres contrats et mériterait une réglementation propre. « C'est seulement pour le contrat de prêt, dit M. le Doyen Savatier, que la nature du contrat exige une équivalence rigoureuse entre l'objet déboursé et l'objet rendu. » Telle était aussi, au moins partiellement, l'opinion du Doyen Hamel (30).

63. — Pour pouvoir admettre une telle distinction il faudrait reconnaître au contrat de prêt une nature propre et des limites précises qui l'opposent aux autres contrats; or, en fait, on ne saurait rien trouver de tel, nous aurons à le montrer (31). Par le jeu de fort nombreuses clauses, on passe insensiblement du contrat de prêt aux contrats de société, de louage ou de vente. Toute frontière

(28) R. SAVATIER, in *Traité pratique de droit civil français*, T. XI (2^e éd., Paris, 1954), p. 468.

(29) J. CARBONNIER, observations, R.T.D.C., 1951, p. 394, n° 8. M. FRÉJAVILLE, *loc. cit.*, D. 1952, chr. 31. A. BESSON, conclusions cit., n°s 69-73. J. HAMEL, *loc. cit.*, D. 1952, chr. 161. JOSSEAND, *Cours de droit civil*, T. 2, n° 1350. BEUDANT, *Les contrats et les obligations* (2^e éd.), n°s 503 et suiv.

(30) J. HAMEL, *loc. cit.*, D. 1952, chr. 161, cf. ci-dessous, n° 85.

(31) Cf. ci-dessous, n° 143.

est artificielle, elle ne répond qu'à des considérations juridiques et non économiques, elle ne saurait interdire les fraudes.

Il semble donc que l'on ne puisse nier la vocation générale de la règle posée par l'article 1895 (32). Ce texte ne concerne pas exclusivement, ni même à titre principal, le contrat de prêt. Le nominalisme est un principe général de notre droit (33), il est imposé par des nécessités pratiques. Il présente en effet cet avantage de constituer une règle commode dont l'application évite nombre de difficultés pratiques. Mais en période d'inflation, il est cause d'injustice; des contractants pourraient donc souhaiter l'écarter. On s'est demandé s'ils en ont le droit.

B. — L'ARTICLE 1895 EST-IL IMPÉRATIF OU SUPPLÉTIF?

64. — Le nominalisme monétaire, incontestablement affirmé par l'article 1895 et applicable à l'ensemble de notre droit, s'impose-t-il aux parties sur le fondement de cet article? C'est sur ce point que les plus grandes divergences se font jour chez les interprètes.

Ceux qui répondent par l'affirmative se réfèrent tout d'abord à l'histoire, ils invoquent Pothier dont nous connaissons la pensée. La règle de l'article 1895 nous vient en effet de l'Ancien Droit, et plus particulièrement de cet auteur. Ils se réfèrent d'autre part, comme lui, à la notion d'ordre public. Les lois monétaires, selon eux, relèvent de la souveraineté publique; elles ne sauraient dès lors être à la libre disposition des particuliers (34). Tel serait pourtant le cas si l'on autorisait les clauses d'indexation. « Le domaine monétaire fait partie intégrante de l'ordre public, a dit M. le Procureur Général Besson, les particuliers ne peuvent pas

(32) G. HUBRECHT, *op. cit.*, p. 95. H.L.J. MAZEAUD, *op. cit.*, T. II, n° 869. JULLIOT de la MORANDIÈRE, in COLIN-CAPITANT, *op. cit.* (Paris, 1959), T. II, p. 611 et suiv. P. ESMEIN, *loc. cit.*, G.P., 1951.II, doct. 2. RIPERT et BOULANGER, *op. cit.*, T. II (1957), p. 571, n° 1570. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, T. XXVII, p. 222 : « C'est là un principe général fondé sur les considérations politiques et sociales les plus évidentes et dont nous pouvons ajouter en conséquence qu'il est un principe d'ordre public. »

(33) En ce sens J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 6, p. 14. « C'est une véritable règle du droit positif, règle d'origine coutumière ».

(34) En ce sens : TOULLIER, *Droit civil*, T. 6, p. 628, T. 7, p. 73 : « On ne considère dans la monnaie que la valeur qui lui est donnée par le Prince de chaque Etat. » On pourrait aussi invoquer en ce sens le commentaire que donne Maleville de l'article 1895 :

« C'est-à-dire que si vous m'avez prêté des écus valant 6 francs au moment du prêt, et que depuis, par un édit, leur valeur numérique soit portée à 12, je serai quitte envers vous en vous rendant la moitié des écus que vous m'aviez prêtés, et vice versa si les écus valaient 12 francs au moment du prêt, et qu'ils soient réduits postérieurement à 6, je vous rendrai le double des écus que j'ai reçus. Tout cela peut n'être pas rigoureusement juste, mais la raison d'Etat

renoncer au bénéfice des dispositions des lois intéressant l'ordre public parce que ces dispositions n'ont pas été établies en leur faveur, mais en faveur de l'Etat » (35).

Dans le cas du prêt, M. le Doyen Savatier est tout aussi affirmatif : « Nier, avec quelques auteurs, que l'article 1895 soit, pour le prêt, d'ordre public, serait se refuser à le lire, car il ne se présente nullement, surtout dans son deuxième alinéa, sous la forme d'une disposition interprétative, mais d'une disposition impérative pour les parties » (36).

Ainsi ces auteurs établissent fort justement un lien entre la théorie étatique et le principe nominaliste dans sa conception la plus autoritaire. Mais en affirmant l'existence de la théorie étatique ne commettent-ils pas une erreur, au moins historique ?

65. — Cela paraît évident. Nous avons vu en effet que la loi de *Germinal* avait consacré la théorie métalliste de la monnaie et rejeté sa rivale. Par suite, il serait bien surprenant que les rédacteurs du Code civil aient entendu instaurer un nominalisme absolu. On peut plutôt estimer qu'ils ont opté en faveur d'un valorisme contractuel. De nombreux auteurs le pensent.

Ils invoquent, à titre préliminaire, la teneur des articles 1896 et 1897. Ces deux articles qui autorisent et réglementent le prêt du lingot permettent aux particuliers de tourner un nominalisme absolu, même limité au prêt, qui par suite ne peut avoir été voulu.

Puis se tournant vers l'article 1895 ils nient que ce texte ait un caractère absolu : « Il est clair que pour considérer ces mots comme impératifs il faut méconnaître leur sens naturel » (37). Ils estiment que l'article 1895 est purement interprétatif de la

le vent ainsi » (J. de MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, 2^e éd., T. IV, p. 33, Paris, 1807). Mais si ce commentaire pose incontestablement le principe nominaliste, il ne répond pas à la question de savoir quelle est sa portée. Sans doute pourrait-on faire appel en faveur d'un nominalisme absolu à l'expression « raison d'Etat », mais ce serait sans doute forcer le texte, son auteur ne paraissant pas avoir envisagé le problème qui nous intéresse.

(35) Conclusions citées, n° 142. En ce sens : MERLIN, *Répertoire*, v° *Prêt*, n° 7 et suiv. NOGARO, *loc. cit.*, R.T.D.C., 1925, p. 5. M. FRÉJAVILLE, *loc. cit.*, D. 1952, chr. 31. BARTIN, in *Aubry et Rau*, T. IV, p. 236.

(36) In : *Traité pratique de droit civil français de Planiol et Ripert*, 2^e éd., Paris, 1954, T. XI, p. 469.

(37) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Traité de droit civil, Du prêt* (1898), p. 400, n° 752. En ce sens : LABBÉ, note cit. S. 1872.II.162. GÉNY, *loc. cit.*, R.T.D.C., 1928, p. 31. G. HUBRECHT, *op. cit.*, p. 95 et suiv. JOSSERAND, *Cours de droit civil*, T. 2 (3^e éd., Paris, 1939), p. 797. G. LACARDE, in *Droit civil de Beudant et Lerebours-Pigeonnière* (2^e éd.), p. 366, n° 508. N. PENCIULESCO, *op. cit.*, p. 8. J.-P. LÉVY, J.C.P., 1950.I.840, n° 6. P. ESMEIN, *loc. cit.*, G.P. 1951.II, doct. 2. G. RIPERT, note sous Aix, 2 avril 1951, D. 1951.401.

volonté des parties et que, par conséquent, celles-ci peuvent l'écarter par une clause expresse (38).

Telle semble bien être la vérité. Les rédacteurs du Code civil, qui ont connu la double faillite des assignats et des mandats territoriaux et qui ont rédigé cet article postérieurement à l'adoption officielle de la théorie métalliste de la monnaie, n'ont pu consacrer qu'un nominalisme relatif, laissé à la disposition des particuliers (39).

66. — Peut-être même est-il permis de supposer que les auteurs du Code civil n'ont pas envisagé sérieusement la question : l'adoption d'une monnaie reliée au système métrique la rendait accessible puisque seules entraient en ligne de compte les variations, minimales, du cours de l'or (40). Valeur réelle et valeur nominale semblaient devoir dès lors coïncider d'une manière suffisante. Si l'article 1895 instituait le nominalisme c'était pour permettre d'écarter les procès relatifs à des variations infimes.

Mais ce texte n'a pas subi la moindre modification depuis son origine alors que les théories monétaires ont évolué; il peut donc avoir paru anachronique aux commentateurs. Plutôt que d'en forcer l'esprit, il est plus sage de se tourner vers des textes plus récents.

§ 2. — L'évolution postérieure au Code civil.

67. — C'est l'institution du papier-monnaie qui a marqué le tournant de l'évolution des théories monétaires. Or son introduction s'est faite en deux phases : celle du cours légal, puis celle du cours forcé. Nous avons vu que lors de ce second stade la théorie métalliste fut définitivement écartée, mais elle ne l'avait été dans le premier (41).

On peut en conclure que l'institution du cours légal ne put avoir pour effet de modifier le principe posé par l'article 1895 en 1804. Les clauses métal précieux restaient valables. Elles étaient d'ailleurs très fréquentes, tous les paiements étaient stipulés en

(38) M. J. CARBONNIER, *Le principe du nominalisme monétaire et ses limites en droit français* in *Travaux et Conférences de l'Université libre de Bruxelles*, T. VIII, p. 111, a fort justement mis en lumière que « la réaction de défense contre le nominalisme a été essentiellement chez nous, une réaction d'autonomie de la volonté ».

(39) On remarquera que la Cour suprême de Pologne, le 25 février 1922, a pris une position encore plus audacieuse : elle a estimé que l'article 1895 ne s'opposait ni au valorisme judiciaire, ni au valorisme *a posteriori*. Sur ce point, cf. J. NOIREL, *loc. cit.*, n^{os} 23 et 24.

(40) On remarquera d'ailleurs que FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*, T. XIV, pp. 417 et 430, ne signale aucun débat relatif à cet article.

(41) Cf. ci-dessus : n^o 21.

« bonnes espèces d'or ou d'argent ». Par suite de la stabilité monétaire elles ne posèrent aucun problème pratique. MM. Henri, Léon et Jean Mazeaud (42) font remarquer en ce sens que le cours légal ayant pour but de faciliter au débiteur son paiement ne peut raisonnablement avoir pour effet d'instituer un nominalisme absolu.

68. — De fait, ce n'est qu'après la suppression de la convertibilité que la question va réellement se poser. La combinaison du cours légal et du cours forcé fait en effet de la monnaie-papier une véritable monnaie, mais dans le même temps naît et se développe la dépréciation. Ainsi c'est au moment où le Gouvernement tente de faire triompher sa souveraineté monétaire que les contractants vont s'efforcer d'écarter la monnaie légale. Les clauses d'indexation sont-elles valables dans ces circonstances?

« On aura beau épilucher les formules du législateur, les retourner, les combiner, les étirer ou les déformer, on n'arrivera pas sans les dénaturer complètement, à y découvrir ce qu'il n'a pas su ni voulu y mettre... Une anomalie aussi grave que la prohibition des clauses payable en or... ne peut résulter que d'une disposition spéciale et formelle de la loi » (43).

Sans aller aussi loin que le Doyen GénY, auteur de ces lignes, il faut reconnaître qu'aucun texte, depuis l'article 1895, n'a concerné directement le problème du nominalisme. On en a été réduit à une recherche de la volonté du législateur sans doute inexistante.

Les commentateurs se trouvaient donc en présence de textes qui, sur le plan strictement monétaire, n'avaient pas pris nettement parti en faveur de la théorie étatique, mais qu'ils paraissaient cependant appliquer (44), et qui, en ce qui concerne les paiements ne tranchaient nullement le problème de leur détermination. L'article 1895 contemporain d'une conception révolue ne pouvait plus être utilement invoqué.

69. — M. le Procureur Général Besson (45) a parfaitement saisi la difficulté à laquelle se heurtaient les adversaires des clauses

(42) H.L.J. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 874. En ce sens : RADOUANT, *op. cit.*, pp. 567 et 568. L. JULIOT de la MORANDIÈRE, *op. cit.*, p. 611. BEUDANT, *Traité* (2^e éd.), T. VIII par G. LAGARDE, n°s 508, 509. JOSSEMAND, *Cours*, T. II, n° 356. VAN HECKE, *op. cit.*, p. 147. *Contra* : RIPERT et BOULANGER, *op. cit.*, T. II (Paris, 1957), n° 1592, p. 579 : ces auteurs estiment que toute dette doit pouvoir « être payée par le débiteur dans toute monnaie légale, toute clause contraire devant être considérée comme nulle ».

(43) GÉNY, *La validité juridique de la clause payable en or*, R.T.D.C., 1926, p. 557.

(44) Cf. ci-dessus, n° 24.

(45) A. BESSON, Conclusions citées.

d'indexation, c'est pourquoi il a proposé — nous aurons d'ailleurs à développer plus loin ses conclusions — de faire appel à l'article 6 C. civ. :

« Prenez l'affaire de haut et jugez que ces clauses dans les contrats de prêt présentent un caractère monétaire, qu'elles dérogent à des lois de police et de sûreté intéressant l'ordre public et que de telles conventions sont dès lors illicites par application de l'article 6 C. civ. »

Ainsi, ayant constaté que la question du régime des paiements ne pouvait être résolue par un texte spécial, cet éminent magistrat a fait appel aux théories monétaires et à l'ordre public économique auxquels il a proposé de donner comme sanction l'article 6 C. civ. (46). Mais en demandant la nullité des clauses d'indexation il supposait que la théorie étatique avait déjà été consacrée par le législateur. De nombreux textes antérieurs pouvaient cependant en faire douter.

§ 3. — Les textes spéciaux.

70. — De 1945 à 1958 de nombreux textes spéciaux se sont succédés, qui ont autorisé l'indexation dans des domaines très divers. Ce sont essentiellement des considérations politiques qui ont guidé sur cette voie les pouvoirs publics. Un auteur a pu dire qu'à cette époque « l'échelle mobile est devenue un moyen de combat » (47). Elle a permis le développement de certaines activités jugées particulièrement importantes, elle a assuré la protection de groupes sociaux considérés comme tout spécialement dignes d'intérêt.

71. — En droit administratif ces clauses se sont développées très tôt, en fait dès la fin de la première guerre mondiale. Elles ont logiquement suivi l'admission par le Conseil d'Etat de la théorie de l'imprévision. Ainsi que le remarque M. le Professeur de Laubadère (48) :

« Il est exact de considérer le système des clauses de révision et de variation comme la consécration conventionnelle de l'imprévision. »

Ainsi, dans leurs propres contrats, les pouvoirs publics ont admis très vite la validité des clauses d'indexation. Ils ont dû aussi tenir compte de la dépréciation monétaire quant à ses effets sur le droit privé.

(46) La Chambre civile avait déjà statué en ce sens le 11 février 1873, D. 1873.1.77, note Boistel, S. 1873.1.93, note Labbé.

(47) M. VASSEUR, *loc. cit.*, R.T.D.C., 1952, 431.

(48) A. de LAUBADÈRE, *op. cit.*, n^{os} 768 et suiv.

72. — La loi Failliot, du 21 janvier 1918, a ainsi écarté le principe nominaliste et autorisé la résiliation judiciaire des marchés et contrats à caractère commercial dans lesquels l'état de guerre avait entraîné un déséquilibre trop important pour qu'ils puissent être exécutés. Cette consécration partielle de l'imprévision était déjà un premier pas fait vers la validité des clauses d'indexation.

En 1937 un emprunt émis par M. Auriol, alors ministre des Finances, était indexé sur la livre et le dollar. Son exemple a été suivi par la Société Citroën et d'autres entreprises du secteur privé, mais ce n'est qu'après la seconde guerre mondiale que ce mouvement s'est amplifié. Nous ne ferons qu'énumérer rapidement les textes édictés depuis 1945 relativement à l'indexation, de nombreux autres, plus généraux, ayant fait cependant application du valorisme.

73. — L'ordonnance du 15 août 1945, instituant l'impôt de solidarité, a prévu des coefficients de réévaluation pour les postes des bilans des sociétés commerciales.

L'ordonnance du 17 octobre 1945, créant le statut du fermage, a décidé que le loyer serait déterminé en fonction du prix de certaines denrées de référence.

La loi du 18 septembre 1952 relative au S.M.I.G. a indexé celui-ci sur l'indice des 179 articles.

La loi du 22 septembre 1952, qui a modifié celle du 25 mars 1949, prévoyant la revalorisation des rentes viagères, semblait avoir admis le principe de l'échelle mobile entre particuliers en cette matière (49).

Une loi en date du 15 avril 1953, qui créait l'épargne construction, avait retenu une indexation sur le coût de la construction. On avait qualifié ce système d'« épargne-brique » ; son principe était fort intéressant. Nous aurons à l'approfondir.

Un décret du 9 août 1953, relatif aux emprunts des collectivités publiques admet que, dans certains cas, et sous certaines conditions, ces emprunts peuvent être affectés d'une clause d'indexation.

Enfin, un décret du 30 septembre 1953 a confirmé la validité et réglementé l'effet des clauses d'indexation insérées dans les baux commerciaux.

Il faut d'autre part rapprocher de ces textes les nombreux emprunts indexés émis tant par l'Etat (Emprunts Pinay et Ramadier) que par les entreprises nationalisées (S.N.C.F., G.D.F., E.D.F., Charbonnages de France).

(49) En ce sens : Y. BÉCHADE, *loc. cit.*

74. — Ainsi le domaine de l'indexation avait été considérablement étendu, le nominalisme se voyait écarté par la loi sur de nombreux points. On pouvait cependant se demander si cette tendance pouvait permettre de conclure à un valorisme contractuel. Deux textes pouvaient être analysés en ce sens.

Une loi du 8 novembre 1955 prévoyait :

« Dans les contrats conclus avant le 1^{er} janvier 1954 et stipulant
« le paiement de sommes variant en fonction du salaire minimum
« départemental, l'index choisi par les parties est remplacé par
« le montant des allocations familiales payées au chef d'une
« famille de deux enfants résidant dans la zone où aucun abat-
« tement n'est opéré. »

Cette loi qui, remarquons-le, tendait à freiner le cycle infernal salaires-prix, donc à ralentir l'inflation, paraissait tenir les clauses d'indexation pour valables (50).

De même, une loi du 6 mars 1958 a prévu la substitution dans les contrats privés de l'indice des 250 articles à celui des 213 articles en déterminant un indice de raccordement. Elle ne semblait pas mettre en doute la licéité de telles conventions entre particuliers.

Mais ces textes eux-mêmes ne levaient pas toutes les incertitudes; ils pouvaient être interprétés comme marquant une évolution vers un valorisme contractuel semblable à celui institué par l'article 1895. Ils pouvaient l'être aussi bien comme constituant des exceptions de circonstance au principe nominaliste. Les commentateurs se sont partagés entre ces deux interprétations.

II. — LA DOCTRINE

75. — Le problème de l'indexation a suscité de si nombreuses études que nous ne pouvons prétendre en fournir un tableau complet. Nous devons nous contenter de rechercher les réponses les plus claires qui ont été données aux deux questions qui nous retiennent actuellement : à savoir si le valorisme contractuel peut être admis et dans quelle mesure il peut l'être. Les auteurs ont proposé des solutions extrêmement diverses, nous les classerons cependant dans trois catégories : les adversaires des clauses d'indexation (tenants du nominalisme), les partisans de ces clauses (favorables au valorisme contractuel) et enfin les promoteurs de formules de compromis.

(50) En ce sens : H. MAZEAUD, *Cours de licence 2^e année*, 1955-1956, p. 595. De même, L. PAGE, *loc. cit.*

§ 1. — Les adversaires des clauses d'indexation.

Nous retiendrons parmi ceux qui ont affirmé la nullité des clauses d'indexation trois auteurs dont les conclusions sont fort proches, mais qui ont invoqué des arguments quelque peu différents.

A. — M. LE PROFESSEUR VASSEUR.

76. — M. Vasseur s'est essentiellement placé sur le terrain économique; il s'est efforcé de montrer que les clauses d'indexation pouvant être cause d'inflation sont nuisibles au développement du pays où elles sont employées (51). Nous savons ce qu'il faut penser de l'effet de ces clauses sur le niveau des prix (52); à des inconvénients incontestables répondent des avantages certains. On ne peut en conclure, ni à une valadité générale, ni à une prohibition sans limites.

Il est plus intéressant de noter comment cet auteur s'est efforcé d'élever le débat. Il reproche aux tenants du valorisme contractuel de s'en tenir à un idéal de justice commutative; or, selon lui, « le problème de l'échelle mobile ne doit pas être examiné uniquement dans une perspective individuelle, mais dans une perspective sociale... Le point de vue de la justice commutative doit s'effacer devant celui de la justice distributive, car l'égalité et la justice dans les rapports individuels ne doivent pas être recherchés dans l'injustice dans les rapports sociaux » (53).

On peut se demander s'il est sage de vouloir introduire dans le domaine juridique, traditionnellement fidèle à un idéal de justice commutative, des considérations qui sont si étroitement attachées aux disciplines politiques et économiques. Une telle innovation serait justifiée si l'on était assuré de leur supériorité, mais il n'en est rien. Il paraît bien hasardeux de s'aventurer ainsi sur une voie qui conduit à un bouleversement de notre hiérarchie des valeurs dans un sens qui semble fort dangereux (54).

(51) M. VASSEUR a parfaitement résumé son opinion en une phrase : « L'échelle mobile est économiquement dangereuse car elle est un relais et un accélérateur de hausse ; restreinte, elle retarde le retour à la stabilité des prix ; généralisée, elle rend ce retour impossible » (« *Echelle mobile* 53 », D. 1954, chr. 1, n° 14).

(52) Cf. ci-dessus, n° 39 et suiv.

(53) M. VASSEUR, *loc. cit.*, R.T.D.C., 1952, 431.

(54) Cet auteur estime en outre, *loc. cit.*, in *Etudes de droit contemporain*, que « l'échelle mobile localisée apparaît comme contraire à l'égalité des citoyens devant cet impôt déguisé qu'est l'inflation ». *Contra* : HOUIN, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. VIII, p. 242.

Malgré sa répugnance à admettre les clauses d'indexation, M. Vasseur reconnaît néanmoins que, dans certaines circonstances, elles peuvent être utiles. Mais il ne les accepte qu'avec beaucoup de réticence. Seul, dit-il (55), le législateur peut les autoriser. C'est poser en principe leur nullité sur la base d'un nominalisme absolu. Or aucun texte ne justifie une telle conclusion, bien au contraire. Rappelons que le doyen Geny estimait que, dans une matière d'une telle importance, il faut un texte spécial pour interdire les clauses. La liberté contractuelle n'est-elle pas encore de principe dans notre droit? Nous ne pouvons pas souscrire à la conclusion de son article de 1952 : « Il n'est qu'un type de clauses. Toutes doivent être regroupées afin d'encourir une condamnation commune de principe. »

Lui-même devait d'ailleurs apporter quelques aménagements à ce principe deux années plus tard (56). Ces tempéraments, inspirés par les nécessités économiques, présentent un grand intérêt, nous les retrouverons plus loin.

B. — M. LE DOYEN CARBONNIER.

77. — Alors que M. le Professeur Vasseur s'est placé sur le plan économique pour faire le procès de l'indexation, M. le Doyen Carbonnier a préféré recourir aux principes monétaires. Selon lui, la monnaie « est un mécanisme d'Etat » ; elle n'a de valeur que celle que lui reconnaît le Prince. Or la conception étatique de la monnaie conduit, dans la théorie des paiements, à l'adoption du principe nominaliste. La souveraineté monétaire de l'Etat lui paraît en conséquence s'opposer à ce que, par le biais des clauses d'indexation, les particuliers puissent écarter la monnaie légale au profit d'une monnaie privée (57).

Il s'est donc prononcé très tôt pour la nullité des clauses d'indexation. Mais il ne l'a affirmée inconditionnellement que dans le cas du contrat de prêt; pour les autres conventions, estimait-il, « la question est avant tout de fait, d'équité, de morale » (58). En

(55) M. VASSEUR, *loc. cit.*, R.T.D.C., 1952, 431.

(56) M. VASSEUR, *loc. cit.*, D. 1954, chr. 1. Cf. en ce sens son rapport, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. VIII, p. 160.

(57) Sur ce point cf. J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. II (2^e éd.), p. 10. En ce sens P. ROUBIER, *Le droit transitoire* (2^e éd., Paris, 1960), p. 427, note 3 : « A notre opinion, toute clause conventionnelle qui tend à établir une différence de valeur entre les divers instruments monétaires de l'Etat est nulle, comme contraire au principe de l'unité de la monnaie. Il n'y a pas un franc-argent, un franc-or, un franc-papier ; il y a un franc tout court. »

(58) Observations, R.T.D.C., 1951, p. 394, n^o 8. Dans le même sens : R.T.D.C., 1952, p. 386, n^o 2 : « L'ordre public monétaire interdit cette espèce d'usure dont souffriraient les débiteurs si le nominal de leurs dettes pouvait s'accroître plus vite que leur capacité de paiement. »

règle générale, cependant, il semble avoir considéré la nullité comme devant être de principe. C'est ainsi, par exemple, qu'il conclut en 1952 à la prohibition des clauses d'indexation dans le contrat de travail (59).

Mais c'est bien sur le contrat de prêt qu'il porte essentiellement son effort. Il considère en effet qu'« il n'existe plus de nos jours de prêteurs semblables à ceux de jadis, de capitalistes qui vivaient sur les revenus réguliers de prêts hypothécaires ou autres, consentis à des particuliers » (60), et que l'on ne trouve plus aujourd'hui que des prêteurs épisodiques, souvent à très courte échéance. Cette observation lui permet de conclure : « Le prêt entre particuliers a ainsi atténué son caractère de placement d'épargne, accentué son caractère de trafic d'argent. » Il en déduit que même sur le plan moral l'interdiction des clauses d'indexation dans le contrat de prêt se trouve justifiée. Mais l'argument ne nous paraît pas décisif. Cette évolution, en admettant sa réalité, a été causée par la dépréciation monétaire; or, autoriser l'indexation permettrait de redonner au prêt sa signification première. Toute la question est justement de savoir s'il convient de favoriser un retour aux conceptions et pratiques classiques.

78. — Seul l'argument monétaire reste donc valable et il faut bien reconnaître qu'il contient une part de vérité. Son importance s'est même accrue avec l'évolution des idées, avec le renforcement du lien qui unit la politique monétaire à la politique économique. Même de nos jours, où le dirigisme tend à être écarté au profit d'un libéralisme orienté par l'Etat, on ne saurait minimiser sans danger le rôle des pouvoirs publics en matière monétaire. Au reste, il faut reconnaître qu'une politique inflationniste peut, sur une courte période, présenter des avantages indéniables.

Mais il est loin d'être sûr que cet aspect de l'indexation soit le plus important; nous savons déjà par exemple que sur le plan économique l'indexation peut être nuisible. Bien plus, il faut prendre garde que la souveraineté monétaire reconnue à l'Etat ne lui permette pas de porter atteinte aux droits des particuliers, et tout spécialement à leur liberté. Or il est incontestable que « la liberté monétaire est la première des libertés parce que c'est elle qui conditionne toutes les autres » (61). Accorder tout pouvoir à

(59) Observations, R.T.D.C., 1952, p. 83, n° 7.

(60) Observations, R.T.D.C., 1951, p. 394, n° 7.

(61) A. TOULEMON, *op. cit.*, p. 45. En ce sens : L. SALLERON, *loc. cit.* : « Dans la mesure où nous allons au développement de l'étatisme, du bureaucratisme, de l'immatriculation toujours plus précise des individus et de leurs

l'Etat serait lui conférer un dangereux moyen d'action dont il pourrait ne pas toujours user avec la prudence et les ménagements nécessaires.

Au demeurant, nous avons vu que la théorie étatique n'est pas exacte, qu'elle ne rend pas compte de la nature réelle de la monnaie. On peut même penser que son application ne serait pas opportune au stade actuel de la conjoncture économique (62). On doit enfin se demander si elle est bien consacrée par notre droit positif.

C. — M. LE PROCUREUR GÉNÉRAL BESSON.

79. — Nous avons déjà eu à présenter certains aspects des conclusions présentées par cet éminent magistrat devant la Chambre civile, première section civile, de la Cour de Cassation le 27 juin 1957. Ayant parfaitement compris comment se posait le problème du régime des paiements à cette date, il s'est efforcé de le résoudre en profondeur.

Son premier soin a été de rechercher quelle théorie monétaire était consacrée par la législation en vigueur. S'appuyant essentiellement sur l'évolution vers le dirigisme il conclut en faveur de la théorie étatique (63). Puis, le principe du nominalisme étant ainsi acquis, il s'est demandé si ces lois suffisaient à lui conférer un caractère absolu ou si, au contraire, les nombreux textes spéciaux récents n'autorisaient pas des dérogations contractuelles.

Mais ne désirant pas aborder l'ensemble du problème, dont certains aspects étaient de nature à gêner sa démonstration, il a restreint son étude au contrat de prêt. Selon lui en effet ce contrat étant un contrat réel doit être soumis, en cette matière, à un régime spécial (64). Et, en ce qui le concerne, « les amarres qui retiennent l'Etat à la théorie nominaliste de la monnaie n'ont point été rompues » (65). Donc le principe nominaliste doit lui être appliqué avec la plus grande rigueur.

biens, il est évident que la monnaie réelle apparaît comme un formidable rempart contre le totalitarisme.» En ce sens : Ch. RIST, *La défense de l'or*, p. 40.

(62) En 1957, observations R.T.D.C., 1957, p. 553, n° 5, cet auteur devait d'ailleurs admettre une évolution vers la validité : « Quatre ans plus tôt, l'intérêt général eut peut-être été dans l'annulation », mais à ce jour, « les choses ne sont plus entières. »

(63) « Partout on retrouve l'ombre tutélaire de l'Etat », *loc. cit.*, V. « Depuis l'institution du régime d'économie dirigée sous lequel nous vivons depuis 1939... le domaine économique et le domaine monétaire sont inextricables », *loc. cit.*, n° 187.

(64) *Loc. cit.*, III a.

(65) *Loc. cit.*, IX.

Le point le plus faible de cette démonstration ne peut être imputé à son auteur; nous pensons à la distinction du contrat de prêt et des autres contrats. Il est évident qu'en regard des prémisses qui ont été posées toute clause d'indexation devrait être interdite (66). Mais il eût été imprudent de demander une telle condamnation à la Cour Suprême; c'est ce qui explique la timidité de son Procureur général.

Cependant, même sur ce terrain, volontairement limité, ce magistrat n'a pas été suivi. La Cour n'a pas voulu admettre que tous les textes édictés depuis 1945 n'ont eu aucune influence sur les théories monétaires. La théorie étatique ne lui a pas paru devoir être consacrée sans réserves non plus qu'un nominalisme absolu.

De nombreuses études ont pu influencer sur sa décision.

§ 2. — Les partisans des clauses d'indexation.

L'ampleur de la dépréciation a en effet conduit un grand nombre d'auteurs à prendre la défense des clauses d'indexation (67). Parmi eux, trois semblent mériter une mention particulière en raison de l'ardeur qu'ils ont manifestée en faveur de cette cause.

A. — MM. LES PROFESSEURS HENRI ET LÉON MAZEAUD.

80. — C'est dans les chroniques parues à la *Revue trimestrielle de droit civil* que ces auteurs ont essentiellement défendu l'indexation (68). Nous ne ferons que rappeler leur position générale, réservant pour plus tard l'importante question, qu'ils ont longuement développée, des « rentes flottantes ».

Ils s'élèvent en premier lieu contre la fiction nominaliste de la pérennité de la valeur du franc : « Plus la dévaluation s'accroît, moins nombreux sont les aveugles par persuasion qui proclament encore que le franc est toujours le franc. L'absurdité

(66) Ne dit-il pas d'ailleurs « Considérer les clauses d'échelle mobile comme licites ce serait admettre autant de monnaies de compte qu'il y aurait de variétés de clauses ». Cela revient bien à demander une condamnation générale de l'indexation.

(67) Cf. en ce sens : GÉNY, *Cours légal et cours forcé en matière de monnaie et de papier-monnaie*, R.T.D.C., 1928, p. 5. TRASBOT, *La dévaluation monétaire et les contrats de droit privé*, Mélanges Ripert, Paris, 1950. De même : A. TOULEMON, G.P., 1951.II, doct. 32, R.T.D. Com., 1951, p. 663 et R.T.D. Com., 1958, p. 697.

(68) Cf. surtout : R.T.D.C., 1951, p. 507, n° 4 ; 1952, p. 77, n° 36 ; 1952, p. 382, n° 39 ; 1953, p. 117, n° 48 ; 1954, p. 665, n° 45 ; 1954, p. 111, n° 48 ; 1955, p. 126, n° 58 ; 1956, p. 357 ; 1957, p. 698, n° 30 ; 1958, p. 415, n° 38.

d'une telle affirmation commence à heurter un peu trop violemment nos magistrats, au moins à l'endroit de leur portefeuille, pour qu'ils persistent à vouloir sauver la monnaie en criant qu'elle est saine » (69).

Mais ils font plus que critiquer une conception trop absolue du nominalisme. Ils s'efforcent de démontrer tout d'abord que les clauses d'indexation ne sont interdites par aucun texte et que « se prémunir contre la baisse de la monnaie n'est pas violer la loi du cours forcé » (70); ils font ressortir d'autre part qu'elles présentent des avantages incontestables. Si sur le premier point, en l'absence de textes suffisants, leur démonstration ne pouvait être définitive, sur le second, en revanche, ils ont insisté sur un aspect de l'indexation dont l'importance est capitale.

81. — Ils ont remarquablement mis en lumière la nécessité de préserver la sécurité dans les relations juridiques. La notion de sécurité contractuelle est en effet primordiale et doit toujours rester présente à l'esprit des juristes. Selon ces auteurs, le besoin de sécurité l'emporte même sur le besoin de justice (71); en cas d'opposition irréductible entre les deux, c'est au premier qu'il conviendrait de donner la préférence.

La confiance que les particuliers doivent avoir pour conclure un contrat incluant un élément de temps ne peut exister que dans un climat de sécurité. Or nous avons déjà pu constater l'importance de cet élément psychologique en matière monétaire et économique. La sécurité contractuelle est une condition de crédit, et sans crédit il ne saurait y avoir de progrès économique. L'indexation assurant une certaine sécurité contractuelle paraît donc à ces auteurs devoir être favorisée, quand bien même elle pourrait parfois créer quelques injustices (ce qui ne peut se produire que bien rarement).

N'oublions pas au demeurant que notre siècle attache un prix tout particulier au sentiment de sécurité; cette aspiration des individus a même pu paraître l'un des éléments caractéristiques de l'époque actuelle (72). C'est dire l'attention croissante que les

(69) R.T.D.C., 1951, p. 507, n° 4.

(70) R.T.D.C., 1956, p. 357. Dans le même sens : R.T.D.C., 1955, p. 126, n° 58 : « Economiquement la clause est nécessaire ; aucune raison juridique sérieuse n'oblige à la prohiber. »

(71) « L'utilité de toute règle juridique, disent-ils, est double : faire régner la justice, assurer la sécurité, parfois les deux buts poursuivis s'opposent : on doit alors satisfaire le besoin de sécurité plutôt que celui de la justice, car pour que la vie sociale soit possible, il faut avant tout que chacun sache, quand il agit, quelles seront les conséquences de son acte. » En ce sens : J. NOIREL, *loc. cit.*, n° 3.

(72) P. DURAND, *Cours de sécurité sociale*, 1959-1960, p. 59.

contractants portent à cet élément. Sensibilisés à l'insécurité, ils craignent à chaque instant de la voir réapparaître. L'indexation, qui leur semble un remède efficace, doit donc être admise.

Ces remarques ne pouvaient suffire à faire triompher le valorisme contractuel, mais elles constituent un point de départ pour une nouvelle détermination du régime de l'indexation.

B. — M. LE PROFESSEUR ESMEIN.

82. — Des nombreuses études consacrées au problème de l'indexation par cet auteur, nous retiendrons essentiellement une des premières, écrite en 1951 (73). Après avoir rappelé que le texte de l'article 1895, de même d'ailleurs que celui des lois monétaires postérieures, « laisse toute liberté à l'interprète » par suite de son indétermination au regard de l'indexation et plus généralement du régime des paiements, il constatait très justement que seuls des arguments d'opportunité — donc essentiellement des arguments économiques — pouvaient permettre de décider s'il convenait de consacrer un nominalisme absolu, même limité au contrat de prêt.

Or les circonstances lui paraissaient favorables à la reconnaissance de la validité des clauses d'indexation (74). « Aux premiers temps de la dépréciation du franc, il a pu paraître utile de ne pas valider les contrats qui escomptaient sa faiblesse », mais dès 1950 un tel souci semblait bien illusoire. Le premier impératif était devenu de rétablir la confiance et l'indexation pouvait y concourir utilement.

Néanmoins il considérait opportun, guidé en cela par des considérations économiques, de ne pas valider toutes les clauses imaginées par la pratique. Mais selon lui la limitation ne devait pas provenir d'une distinction, entre le contrat de prêt et les autres contrats : « Une prohibition limitée aux dettes de remboursement d'un prêt apparaît comme une mesure d'hostilité à l'égard des prêteurs d'argent... elle détourne du prêt ceux qui pourraient le pratiquer... elle détourne de l'épargne ceux qui ont compris. »

La limitation de l'indexation lui semblait devoir provenir d'une discrimination entre les indices, certains présentant plus d'inconvénients sur le plan monétaire que d'autres. Il ne cachait pas cependant les difficultés de mise en œuvre d'une telle solution (75).

(73) P. ESMEIN, *Le prêt d'argent avec clause d'échelle mobile*, G.P., 1951.II, doct. 2.

(74) Il devait juger la situation encore plus favorable en 1959 (G.P., 1959.I, doct. 2).

(75) Cf. P. ESMEIN, *La variation du montant des dettes de sommes d'argent en fonction d'un indice économique*, G.P., 1952.II, doct. 2.

C. — M. LE PROFESSEUR J. PH. LÉVY.

83. — De très nombreux articles et de fréquentes notes parus à la *Semaine juridique* (76) témoignent de l'ardeur de la lutte que cet auteur a menée en faveur de la validité des clauses d'indexation. Il a toujours nié que l'article 1895 C. civ. s'appliquât en la matière, il a lui aussi fortement affirmé que le problème de l'indexation est unique, il a enfin maintes fois insisté sur l'utilité pratique de ces clauses.

Mais, remarque-t-il, les clauses d'indexation ne sont pas seulement bénéfiques sur le plan économique; elles le sont aussi sur le plan moral. Elles permettent d'assurer la justice dans les rapports de droit comprenant un élément de temps. Cependant, pour ce faire, elles doivent avoir un double effet : ne pas sacrifier le créancier et ne pas surcharger le débiteur.

Il est juste que le créancier qui a remis un bien ou une somme d'argent recouvre à l'échéance une valeur dont le pouvoir d'achat soit égale à celle dont il s'est séparé (77). Mais il convient en outre que le débiteur n'ait pas à verser plus en valeur réelle qu'il ne doit; il ne faut pas qu'il soit lésé par le jeu d'une clause qui, ne l'oublions pas, lui est généralement imposée par son cocontractant (78).

Sans doute la solution idéale sur le plan juridique consisterait-elle en l'adoption de l'indice du coût de la vie, mais les nécessités économiques s'opposent à l'admission d'un procédé aussi tranché. Cet auteur l'avait bien compris, aussi ne s'est-il pas laissé griser par l'évolution favorable à sa thèse. C'est au moment où le valorisme contractuel l'emportait qu'il s'est attaché à prévoir quelle devrait être l'évolution du régime des paiements.

Il a ainsi conseillé aux rédacteurs de clauses d'indexation de prévoir une clause de réciprocité et de choisir un indice en rapport avec la profession des parties ou l'objet de leur convention. Cette formule est intéressante; elle a été proposée par d'autres auteurs, mais elle n'a pas recueilli l'unanimité.

(76) Essentiellement : J.C.P., 1943.I.329 et 363 ; J.C.P., 1948.I.714 ; J.C.P., 1950.I.840 et J.C.P., 1952.II.7010 et 7129 ; J.C.P., 1956.II.9400 ; J.C.P., 1957.I.1381 ; J.C.P., 1959.I.1472.

(77) En ce sens : H. VIAUX, *L'indexation des valeurs mobilières dans la pratique*, Rev. Eco., 1955, p. 249 : « Le moins que le prêteur, qui s'est privé d'une certaine quantité de pouvoir d'achat, puisse demander, c'est de retrouver au dénouement du contrat une capacité équivalente. Cette préoccupation est de tous les temps. »

(78) On remarquera que, en ce qui concerne les emprunts émis par l'Etat ou les entreprises nationalisées, c'est l'emprunteur, donc le débiteur, qui a le choix de l'indice. Il en va de même pour tous les contrats d'adhésion.

§ 3. — Les tentatives de conciliation.

De nombreux systèmes ont été proposés en vue de concilier nominalisme et valorisme contractuel; il est possible de classer les plus intéressants sous deux rubriques : critères formels et critères matériels (79). Les premiers présentent cet avantage d'offrir par leur netteté une sécurité précieuse; les seconds, en revanche, serrant de plus près la réalité, assurent une plus grande justice.

A. — LES CRITÈRES FORMELS.

a) *Interdiction des clauses dans le prêt d'argent.*

84. — Parmi les auteurs qui ont considéré que l'article 1895 C. civ. est spécial au prêt (80), c'est sans doute M. le Doyen Savatier qui a soutenu cette thèse avec le plus de vigueur (81).

Il estime que, si les clauses d'indexation sont interdites dans ce contrat par l'article visé, elles ne le sont hors de ce contrat par aucun texte précis. Encore faut-il remarquer que ce qu'il vise avant tout c'est le prêt de consommation, le seul qui soit réellement susceptible d'entraîner des abus. Il semble vouloir exclure le prêt à la production de cette prohibition. Ainsi limitée, cette dernière peut paraître admissible, elle répond à un souci moral louable que l'on ne peut écarter.

De plus, si l'on veut bien se rappeler l'incertitude qui régnait à cette époque, on conviendra que cette solution apportait une certaine sécurité. Elle constituait le « moyen de réduire au minimum l'arbitrage des juges et l'insécurité des parties » (82).

Mais ce système renferme en lui-même le germe de sa ruine. Son auteur reconnaît que seul le prêt de consommation mérite cette condamnation de principe; or, dès lors qu'il est nécessaire d'examiner le contenu du contrat, la sécurité promise disparaît.

(79) Ici, de nouveau, nous ne rapporterons pas tous les systèmes proposés par les auteurs. Nous ne retiendrons que ceux qui ont annoncé, au moins partiellement, la teneur de l'ordonnance de 1959.

Indiquons cependant la suggestion faite par M. GRIZIOTTI, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. VIII, p. 242. Cet auteur propose de faire participer créancier et débiteur à la dépréciation en la faisant supporter par moitié à chacune des parties. Cette solution apparemment ingénieuse ne semble pas pouvoir être retenue. Elle est sans doute, à première vue, équitable, mais elle ne répond absolument pas aux nécessités pratiques. Remarquons cependant que les lois de revalorisation ont parfois adopté, sans le dire expressément, une conception très proche. De plus, nous avons pu en relever un exemple dans la pratique : une réponse ministérielle a été donnée concernant un contrat qui avait appliqué ce procédé (*J.O. Débats A.N.*, 25 février 1961, p. 221).

(80) Cf. ci-dessus, n° 61.

(81) Note sous Civ., 3 novembre 1953, D. 1954.1.

(82) Note précitée.

En outre, il sacrifie délibérément le besoin de justice; il est permis de penser que cette conception est peut-être excessive.

b) *Interdiction des clauses dans le prêt d'argent civil.*

85. — Cette distinction a été proposée par M. le Doyen Hamel. Elargissant la notion habituelle de droit commercial en droit économique, il oppose ce droit économique au droit civil.

Au départ, il estime que l'article 1895 C. civ., spécial au contrat de prêt, est impératif. « Le nominalisme apparaît en effet, quelque choquant qu'il puisse paraître à première vue, comme une nécessité des relations juridiques de créanciers à débiteur » (83). Mais son application doit être limitée au « domaine où son rôle est fécond, celui du contrat de prêt ».

C'est à ce stade qu'il fait apparaître la notion de droit économique. Celui-ci vivant de crédit, la position des créanciers doit être renforcée; or, elle le sera par les clauses d'indexation. Celles-ci doivent donc être validées dans ce domaine, aussi bien dans le contrat de prêt que dans les autres contrats.

Mais une difficulté reste à résoudre, celle du choix de l'indice. Étudiée dans le cadre de l'entreprise, elle est assez facile à vaincre. Il faut choisir un index en relation avec l'activité de l'entreprise. C'est le système dit de l'indexation interne qui est ainsi suggéré.

Cette proposition n'est pas à l'abri de toute critique. On peut en effet douter que l'impératif du crédit soit un caractère propre au droit économique. Sans doute y est-il plus marqué qu'en droit civil, mais il ne s'agit que d'une question de degré qui ne peut justifier une telle différence de régimes. En fait ces auteurs se sont efforcés de donner une solution formelle à un problème qui doit être abordé de l'intérieur. C'est ce qui explique leur échec.

B. — LES CRITÈRES MATÉRIELS.

a) *La notion de contrepartie.*

86. — C'est M. le Professeur Fréjaville qui a eu le mérite de dégager cette notion. Partant de ces deux principes que l'on doit favoriser les opérations à terme sans pour autant accélérer la dépréciation de la monnaie et surcharger les débiteurs, il estime que seule l'existence d'une contrepartie future peut permettre de concilier ces deux idées.

(83) J. HAMEL, *Les formules nouvelles de financement par appel au public*, D. 1952, chr. 161. Cf. du même auteur : *Les clauses d'échelle mobile et le droit monétaire français*, Rev. Eco., 1955, p. 167. *Cours de droit commercial*, Licence 3^e année, Paris, 1956-1957, p. 282 et suiv.

Il distingue donc entre les contrats qui doivent « donner naissance à des créances de sommes d'argent en contrepartie de prestations à faire et ceux qui donnent naissance à des créances de sommes d'argent en contrepartie de prestations déjà faites » (84). Seule la première catégorie de contrats lui paraît pouvoir être affectée d'une clause d'indexation. Dans ce cas en effet chaque prestation est payée au prix qu'elle vaut au jour où elle est effectuée, aucune inflation ne semble pouvoir en résulter. En ce qui concerne la seconde catégorie, au contraire, il pense que l'augmentation des espèces dues n'étant pas compensée par une prestation actuelle constitue un agio, facteur d'inflation.

Cette analyse, qui se place sur le terrain économique, n'est pas entièrement exacte. Nous avons vu en effet que l'indexation ne peut jamais être directement cause d'un accroissement du volume de la masse monétaire (85). En outre, la différence entre la somme de base et celle qui fait l'objet du paiement, ne constitue pas un agio au sens propre; nous aurons à en déterminer la nature. Le résultat pratique de ce système est de plus très critiquable. Il conduit à soumettre à des régimes différents des contrats presque similaires. Ainsi la rente viagère constituée par le versement d'un capital ne pourrait pas être indexée alors que celle constituée par l'aliénation d'un bien pourrait l'être. Or il est si facile de passer du premier type au second que la fraude serait aisée et que la règle ne constituerait qu'une gêne et non une protection de la monnaie.

87. — Un point de l'exposé de cet auteur mérite cependant une attention toute particulière; il s'agit du choix des indices. Il y attache une grande importance qui est parfaitement justifiée. Afin, dans les contrats donnant naissance à des créances de sommes d'argent en contrepartie de prestations à faire, d'éviter que la somme due ne soit trop différente de la valeur de la prestation fournie, ce qui selon lui constituerait un agio, il préconise la stipulation d'indices internes. Le mieux est de se référer si possible « à l'objet même des prestations envisagées », ce n'est qu'à défaut qu'il faut faire appel à des indices de remplacement comme le coût de la vie.

Il conclut d'ailleurs son article en ces termes : « L'échelle mobile peut être admise assez largement, à condition de la priver de ses effets inflationnistes. C'est le choix adéquat de l'indice qui permet d'obtenir ce résultat. Les contractants doivent donc s'efforcer de le choisir aussi proche que possible de l'objet même des prestations qu'ils envisagent. »

(84) M. FRÉJAVILLE, *Les clauses d'échelle mobile*, D. 1952, chr. 31.

(85) Cf. ci-dessus, n° 41.

Alors que le premier point du raisonnement prêtait à critique, celui-ci, en revanche, ne présente pas de faille ; il est parfaitement justifié. Le problème réside bien dans le choix des indices.

88. — Le doyen Ripert avait, lui aussi, été attiré par cet aspect économique des clauses d'indexation. « La clause d'échelle mobile, disait-il, (86) ne doit pas être appréciée en elle-même et d'une façon abstraite; il faut examiner l'ensemble de l'opération, il faut rechercher si le créancier peut équitablement imposer au débiteur le risque imprévisible de la dévaluation monétaire. S'il apparaît qu'il a fait passer sur la tête d'un autre, sans aucune contrepartie, le risque qui doit peser sur lui-même comme détenteur de capitaux mobiliers, la convention apparaît contraire au respect de la règle morale dans la convention. »

Quelques années plus tard (87), il devait être conduit à préciser sa pensée. Cherchant à approfondir la notion de contrepartie il en arriva à opposer les biens de consommation aux biens de production. Tout contrat relatif à des biens de production assure au débiteur des ressources constantes, au moins en première approximation, la clause d'indexation se trouve par suite justifiée. Il n'en est pas de même de ceux qui ont pour objet, ou pour fin, des biens de consommation. Ceux-ci ne permettent pas au débiteur d'accroître ses revenus en valeur réelle, donc, si sa dette augmente en valeur nominale, celui-ci ne pourra y faire face qu'avec de grandes difficultés.

Mais cette analyse ne faisait qu'effleurer la question. Nous aurons à y revenir, c'est pourquoi elle a été dépassée assez rapidement. Un nouveau critère est apparu.

b) *L'équivalence des prestations.*

89. — Cette nouvelle théorie a eu une fortune telle auprès des tribunaux que nous ne ferons que la signaler ici. C'est M. le Conseiller Mihura qui l'a, le premier, exposée d'une manière complète (88).

Le principe consiste à saisir l'opération dans son ensemble et à rechercher à travers tous les éléments qui la composent si les parties ont entendu insérer la clause d'indexation dans le but d'assurer l'équilibre du contrat et l'équivalence des prestations, ou si, au contraire, elles ont seulement voulu préserver l'une d'entre elles contre les effets de la dépréciation. Dans le premier cas, la clause aurait été valable, dans le second elle aurait été nulle.

(86) Note sous Aix-en-Provence, 2 avril 1951, D. 1951.401.

(87) Note sous Civ., 27 juin 1957, D. 1957.649.

(88) Observations sous Civ., 3 novembre 1953, J.C.P., 1953.II.7.840. Dans

Cette notion d'équivalence des prestations est fort importante, non pas tellement parce qu'elle a pour but de faire régner la justice et la morale dans les relations contractuelles que pour cette raison qu'elle a marqué une date importante dans l'évolution de la position de la jurisprudence face à la dépréciation de la monnaie.

III. — LA JURISPRUDENCE

L'altération profonde de notre unité monétaire n'a pas laissé nos magistrats indifférents. De nombreuses et délicates questions se sont posées à eux, ils les ont abordées franchement, mais leur attitude a profondément varié dans le temps. Partis d'une conception nominaliste très stricte, ils ont, après de longues hésitations, fini par consacrer un valorisme fort libéral. Cette évolution a été la conséquence de la durée et de l'ampleur de la dépréciation (89).

§ 1. — Première période.

90. — Pris au dépourvu par une hausse du coût de la vie qu'ils n'avaient pu prévoir après un siècle de stabilité monétaire, coupé seulement de quelques hausses éphémères, les particuliers qui avaient vu leurs créances s'amenuiser dans de grandes proportions après la première guerre mondiale demandèrent d'abord que les prestations qui leur étaient dues fussent réévaluées; ainsi se posa le problème du valorisme *a posteriori* (ou de l'imprévision). Puis ils stipulèrent dans les conventions nouvelles des clauses écartant en tout ou en partie la monnaie légale, soulevant de la sorte la question de la validité du valorisme contractuel (essentiellement de l'indexation).

A. — LE VALORISME « A POSTERIORI » (L'IMPRÉVISION).

91. — Les premières espèces qui aient été soumises à la Cour de Cassation et au Conseil d'Etat concernaient des contrats successifs conclus avant la guerre et que les événements avaient rendus lésionnaires envers l'une des parties. Celle-ci demandait la révision du contrat en vertu de la théorie déjà ancienne de l'imprévision.

le même sens : R. COMBALDIEU, note cit. : « Les clauses ne sont valables que dans la mesure où elles tendent à maintenir l'équivalence des prestations réciproques. »

(89) Sur cette évolution cf. A. BESSON, Conclusions citées, n° 10-43 et A. TOULEMON, *loc. cit.*, R.T.D. Com., 1958, p. 697.

La Cour de Cassation, fidèle en cela à une longue tradition de non-intervention dans les contrats, s'est refusée à admettre cette théorie (90) ; elle s'est refusée à modifier une convention librement formée.

De nombreuses critiques ont été soulevées par les auteurs contre cette jurisprudence. On a reproché aux magistrats de faire preuve d'un individualisme révolu. On a invoqué des considérations d'équité. On a rappelé la théorie de la clause *rebus sic stantibus* (91). Tous ces efforts ont été vains, la jurisprudence est restée ferme.

Elle n'a même pas été sensible à l'argument tiré du fait que le Conseil d'Etat avait admis cette théorie. En effet, si la jurisprudence administrative a appliqué l'imprévision, c'est en tenant compte de considérations propres à sa matière. La nécessité d'assurer la continuité du fonctionnement des services publics lui a paru suffisamment forte pour justifier une modification de conventions librement formées. Il n'a pas paru possible de transporter cette solution sur le plan du droit privé (92).

92. — L'exemple du droit allemand n'a pu lui non plus fléchir la rigueur de notre jurisprudence civile. L'inflation ayant pris dans ce pays les proportions d'une catastrophe, la monnaie y avait perdu toute valeur et les contrats à long et moyen terme étaient devenus impraticables. Avant que le législateur n'intervienne, les tribunaux n'hésitèrent pas à prendre des mesures audacieuses. Ils s'efforcèrent de remédier à la ruine des conventions en autorisant une action en « rééquilibrage du contrat », dont le fondement

(90) Après la guerre de Crimée : Civ., 9 janvier 1856, D.P. 1856.1.53 ; Après la guerre de 1870 : Civ., 6 mars 1876, D.P., 1876.I.193 ; Après la guerre de 1914 : Civ., 4 août 1916, D.P., 1916.I.22 (contrat de travail) ; Civ., 6 juin 1921, D.P., 1921.I.193 et G.P., 1921.I.621, rapport Ambroise COLIN (Bail à cheptel). Sur cette question cf. H.L.J. MAZEAUD, *op. cit.*, T. II, p. 664 et suiv., n° 734 et suiv. J. NOIREL, *loc. cit.*, n° 21.

(91) Sur les divers moyens concevables pour faire admettre la théorie de l'imprévision, voir : J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. II (3^e éd.), p. 502 et suiv., n° 152, et P. VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Thèse, Nancy, 1922.

(92) En ce sens : G. JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, 3^e éd., T. IV (2). M. WALINE, *op. cit.*, n° 990 et suiv. J. HAMEL, *op. cit.*, 1940-1941, p. 63. *Contra* : R. CAPITANT, *Rapport in Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. VIII, p. 207 : cet auteur estime que l'intention des parties et le principe de l'équivalence des prestations imposent la reconnaissance de la théorie de l'imprévision tant en droit public qu'en droit privé. Il condamne sévèrement la jurisprudence de la Cour de cassation : « Cette jurisprudence a eu pour effet d'étendre à tous les débiteurs privés le bénéfice illicite que l'Etat a retiré de l'inflation... C'est le cas ou jamais de parler d'expropriation pour cause d'utilité privée — sans indemnité par surcroît — portant une grave atteinte au principe de l'égalité démocratique. »

juridique a été longtemps indéterminé. Pour certains il y avait eu un changement de monnaie qui justifiait la détermination par le juge des sommes dues dans la nouvelle unité. D'autres, considérant que les bases mêmes du contrat avaient été atteintes, invoquaient la théorie de la cause pour en permettre la révision. Quelques-uns firent valoir que la bonne foi qui doit régner entre contractants imposait aux parties, en de telles circonstances, la réfection du contrat et que, en cas de désaccord, les tribunaux pouvaient être saisis. D'autres enfin firent appel à l'adage « *omnis conventis intelligitur rebus sic stantibus* » ; ils estimèrent que cette clause n'est pas propre au droit public et avait pu être sous-entendue dans une convention de droit privé. Ces diverses techniques devaient être tour à tour utilisées de 1921 à 1923, date à laquelle le législateur organisa lui-même la revalorisation.

93. — Elles furent aussi invoquées en France par la pratique et certains auteurs, mais sans succès. Il est vrai que la situation se présentait chez nous d'une manière très différente. Ainsi que l'a noté M. le Conseiller Ancel (93), l'inflation n'était pas, en 1919, suffisamment importante pour justifier une atteinte au principe de l'immutabilité des conventions. Eût-elle été plus marquée, l'article 1134 C. civ. eût pu ne pas constituer une barrière aussi infranchissable (94). M. H. Mazeaud (95) estime cependant que, de toute manière, l'imprévision ne peut être consacrée ; en effet, fait-il remarquer, si le besoin de justice tend à la faire admettre, le besoin de sécurité, en revanche, s'y oppose formellement ; or en cas de conflit entre le besoin de justice et le besoin de sécurité, c'est le second qui doit l'emporter. Cet argument a le mérite de limiter la condamnation à cette théorie sans emporter celle des clauses d'indexation ; celles-ci en effet ne nuisent pas, bien au contraire, au besoin de sécurité.

On aurait pu penser cependant que le sort de ces deux questions est lié et qu'il n'est pas possible de dissocier le sort de l'imprévision de celui de l'indexation (96). Les administrativistes ne présentent-ils pas l'indexation comme la consécration conven-

(93) *In Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. VIII, p. 242.

(94) En réalité, on peut estimer avec M. Jean SAVATIER, *loc. cit.*, que l'appel à la notion de respect de la force obligatoire des conventions ne constituait qu'une façade. « On est tenté de penser que le vrai motif de l'échec de la théorie de l'imprévision n'est pas le respect des tribunaux pour les contrats, mais plutôt leur crainte des conséquences économiques de la révision généralisée des contrats, en période de dépréciation monétaire. » Cette analyse est sans aucun doute exacte de nos jours.

(95) *In Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. VIII, p. 266.

(96) *In Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. VIII, p. 207.

tionnelle de l'imprévision? En réalité, s'il est vrai que, une fois l'imprévision admise, l'indexation ne peut être écartée, la réciprocité n'est pas nécessaire : l'indexation n'impose pas l'imprévision. Nous verrons que notre régime monétaire justifie cette proposition.

B. — LE VALORISME CONTRACTUEL (L'INDEXATION).

94. — Le valorisme contractuel consiste en la stipulation dans les conventions de clauses-or ou monnaie étrangère, ou de clauses d'indexation.

La première question qui se soit posée à la Cour de Cassation a été celle de la validité des clauses de paiement en monnaie métallique (clauses-or) sous le régime du cours forcé institué par la loi du 12 août 1870. Elle fut résolue par un arrêt isolé en date du 11 février 1873 qui opta pour la négative (97). L'argumentation retenue était simple : les lois monétaires sont d'ordre public; toute convention contraire est nulle; la clause de paiement en monnaie métallique étant contraire au cours forcé est donc nulle.

95. — Cette doctrine a été reprise par le célèbre arrêt Consorts Pélessier du Besset (98) rendu conformément aux conclusions de l'Avocat général P. Matter qui a condamné les clauses-monnaie étrangère. La Cour a alors posé de la manière la plus nette le principe de la nullité des stipulations imposant, en droit interne, au débiteur, « de s'acquitter soit en or soit en une monnaie autre que celle ayant cours forcé ».

Pour Henri Capitant, dans la note qu'il a consacrée à cet arrêt, « c'est le cours légal qui, à dater de l'établissement du cours forcé, s'oppose à l'exécution de ces clauses ». Il en conclut à la nullité de toutes les clauses monétaires telles qu'elles avaient été définies par B. Nogaro. Son argumentation fut si nette qu'elle entraîna la conviction des magistrats. Cela apparut lorsque ces derniers eurent à examiner les clauses-valeur or et valeur devise

(97) D.P., 1873.I.177, note Boistel. S. 1873.I.97, note Labbé. Cf. les observations H. CAPITANT, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 3^e éd., n° 125, p. 339. Cette jurisprudence a été confirmée après l'institution du franc flottant : Lyon, 31 octobre 1938, D.H., 1938.604, et après le rétablissement du marché libre de l'or : Paris, 7 mars 1952, G.P., 1952.II.85 et 30 avril 1958, D. 1958.553, note Ph. Malaurie, J.C.P., 1959.II.11015, note M. Petot.

(98) Civ., 17 mai 1927, D.H., 1927.333, D.P., 1928.I.25, conclusions Matter et note H. Capitant, S. 1927.I.289, note P. Esmein, G.P., 1927.II.153, conclusions Matter. Voir : H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 3^e éd., n° 126, p. 341. R. RODIÈRE, *Travaux pratiques de droit civil*, T. II, Paris, 1957, n° 60.

étrangère (ou clauses de garantie de change). Cet auteur en avait, contrairement à Planiol et Ripert (99), affirmé la nullité; c'est en ce sens que la Cour de Cassation trancha. Le 31 décembre 1928 elle déclara « illicite la clause qui fait dépendre du cours du dollar, c'est-à-dire de la dépréciation du billet de la Banque de France sur le marché des changes, le montant de chaque échéance de loyer » (100).

Certains contractants s'efforcèrent de tourner cette prohibition en stipulant le paiement en coupons de l'emprunt national 4 % de 1925 à garantie de change. Mais les tribunaux prononcèrent la nullité de ces clauses (101). Seul le Gouvernement, affirmèrent-ils, peut déroger aux principes monétaires découlant du cours légal et du cours forcé.

96. — Ainsi se trouvaient interdits quatre types de clauses : les clauses or et valeur or, les clauses monnaie étrangère et valeur monnaie étrangère. Ce sont les clauses monétaires que Nogaro avait opposées (102) aux clauses économiques. La distinction avait été reprise par Henri Capitant dans la note précitée et par Matter. Un accord général s'était donc réalisé entre économistes, magistrats et civilistes (103). La Cour de Cassation devait le consacrer en validant les clauses économiques. Celles-ci paraissaient moins dangereuses pour la monnaie car « le prix d'une marchandise n'est pas uniquement déterminé par les fluctuations du change, il dépend de diverses autres circonstances inhérentes à cette marchandise » (104).

Cet argument a paru déterminant à la Chambre des Requêtes qui, par trois fois en 1929 (105), a validé les clauses valeur denrée dans les baux à ferme. Parmi les motifs du troisième arrêt on peut relever la formule même de Henri Capitant.

(99) *Traité élémentaire de droit civil*, 10^e éd., T. II, n^{os} 423 bis et ter.

(100) Civ., 31 décembre 1928, ZERAFFA contre BERGER, D.H., 1929.33. S. 1930.I.41, note Hubert. Dans le même sens : Civ., 16 novembre 1938, G.P., 1939.I.184.

(101) Paris, 24 décembre 1925, D.P., 1926.2.89, Trib. civ. Seine, 21 janvier 1928.

(102) R.T.D.C., 1925, p. 1, *La clause payable en or*.

(103) En sens contraire cependant : A. MESTRE, note S. 1923.2.121. E. JAMES, *La clause payable en or et le cours forcé*, Paris, 1924. M. VAN HECKE, *op. cit.*, p. 149 remarque d'ailleurs que « D'une manière générale on peut dire qu'en dehors de la France, les clauses valeur-or sont valables sous réserve de l'existence d'une loi spécialement promulguée en vue de les annuler ».

(104) Note précitée, D.P., 1928.1.25.

(105) Req., 18 février 1929, D.H., 1929.113. G.P., 1929.1.403. S. 1930.T.1, Hubert. Req., 17 mars 1929 ; D.H., 1929.202 ; J.C.P., 1929, p. 907 ; Req. 1^{er} août 1929, D.H., 1929.441 ; J.C.P., 1929, p. 1077. Cf. p. 129 : H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 3^e éd., n^o 127, p. 344.

Dix années durant on put croire la question définitivement résolue par cette distinction. Mais la reprise de l'inflation après 1936, l'évolution des théories économiques, les querelles doctrinales, devaient conduire les tribunaux à modifier leur jurisprudence et à manifester une plus grande rigueur envers l'indexation.

§ 2. — Deuxième période.

97. — Un arrêt en date du 24 juillet 1939 (106), passé quasiment inaperçu des commentateurs, a introduit un nouveau critère : la recherche de l'intention des parties. Ses effets pratiques ont été considérables; il a ouvert une nouvelle phase de l'histoire des clauses d'indexation. De nombreux arrêts ont suivi cette voie (107), tous ont repris d'une manière plus ou moins nette l'attendu principal de ce premier arrêt :

« Attendu que les parties ont eu en vue non un changement
« de circonstances économiques, mais uniquement une variation
« du pouvoir d'achat de la monnaie française... qu'une semblable
« clause, rédigée en prévision de la baisse du franc est nulle. »

Cet examen de l'intention des parties bouleversait les solutions jusqu'alors admises. Au lieu de procéder à une recherche objective relative à la nature de la clause, les tribunaux s'attachèrent aux mobiles qui avaient déterminé les parties à stipuler une clause d'indexation... Ils opérèrent une recherche subjective. D'un critère formel ils passèrent à un critère matériel. Non seulement les clauses objectives monétaires furent annulées, mais encore celles qui paraissaient l'être subjectivement. Les tribunaux s'étaient ainsi reconnu un pouvoir considérable, leur action devenait plus efficace, mais elle portait gravement atteinte au principe de sécurité.

98. — Afin de découvrir l'intention des parties, les magistrats firent appel à un certain nombre d'indications. Mais il faut tout de suite noter que leur portée fut de tout temps fonction du contrat envisagé dans l'espèce. Alors que les baux ruraux, par exemple, bénéficiaient d'un préjugé favorable, le contrat de prêt était regardé avec suspicion. Trois indices principaux de la volonté des parties peuvent être dégagés d'une abondante jurisprudence : le rapport qui existe entre l'index retenu et l'objet du contrat ou la profession des parties, la réciprocité ou la non réciprocité de la

(106) Civ., 24 juillet 1939, Gaz. Trib., 1^{er} février 1940, Rev. Loy., 1940.390.

(107) Par exemple : Civ., 18 avril 1947, G.P., 1947.I.238 - Com., 15 novembre 1950, D. 1951.21. Soc., 2 novembre 1951, G.P., 1951.II.395. Civ., 24 mars 1953, Bull. civ., n° 109, p. 91. Civ., 3 novembre 1953, D. 1954.J.1, note Savatier, J.C.P., 1953.II.7840, observations Mihura. Civ., 27 décembre 1954, J.C.P., 1955.II.8493.

clause, et enfin la rédaction même de celle-ci. Mais il ne faudra jamais perdre de vue que ces divers éléments ne constituent jamais que des indications permettant de déceler la volonté des parties (108).

99. — Le choix de l'index vient pour nous en premier lieu. De nombreux auteurs l'avaient mis en exergue, l'arrêt du 24 juillet 1939 en a fait la première application. Il a été décidé que la clause qui avait retenu le chiffre indice officiel de la ville de Strasbourg, bien qu'elle constituât objectivement une clause économique était nulle car, ne présentant aucun rapport avec l'objet de la convention, elle était subjectivement monétaire. L'expérience a d'ailleurs incité les magistrats à une certaine méfiance envers les indices généraux; ceux-ci rendant parfaitement compte de la baisse de valeur de la monnaie étaient en effet, dans cette optique, particulièrement suspects. Mais ils étaient aisément écartés comme laissant percer une intention monétaire par ce fait qu'ils ne présentaient pas de lien justificatif avec l'objet du contrat ou l'activité de l'une des parties.

Fréquemment retenu par la jurisprudence (109), ce critère a obtenu la consécration le 3 novembre 1953 dans un arrêt de la Cour de Cassation où l'on peut lire (110) :

« Attendu que l'indice des prix de gros est sans rapport économique avec la cause du prêt et n'a été choisi par les parties que parce qu'il était jugé par elles le plus propre à accuser les variations monétaires... annule... »

Cette formule mérite d'être retenue; elle montre en effet clairement que le choix de l'indice ne constitue qu'une indication permettant de connaître l'intention des parties, laquelle seule est sanctionnée par le juge. Ce choix ne suffit plus à entraîner la validité ou la nullité de la clause incriminée. Il peut être corroboré ou contredit par les autres indications.

(108) De nombreux commentateurs n'ont pas établi de hiérarchie entre ces indices et la recherche de l'intention des parties; il semble que ce soit à tort. En ce sens : H.L.J. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 878 : « Il faut se garder de voir dans ces diverses circonstances autre chose que des moyens de déceler la volonté des parties. » J. MIHURA, *loc. cit.*

(109) Paris, 3 juillet 1951, D. 1951.535, R.T.D.C., 1951, p. 385, n° 28, observations H.L. Mazeaud, p. 530, n° 7, observations J. Carbonnier. Aix, 2 avril 1951, D. 1951.401, note Ripert. Paris, 27 novembre 1952, D. 1953, note Ripert. Dijon, 25 juin 1953, D. 1953.582. Colmar, 5 janvier 1955, J.C.P., 1955.IV.146. Trib. civ. Pontoise, G.P., 1955.II.

(110) Civ., 3 novembre 1953, COLLEIL contre WILD, D. 1954.1, note R. Savatier, S. 1954.I.17, note Autesserre, J.C.P., 1953.II.7840, observations Mihura, G.P., 1953.II, doct. 72, Defrénois.

100. — L'existence ou le défaut de clause de réciprocité permet aussi de présumer l'intention des parties. La Cour Suprême a consacré très tôt ce second élément (111); elle a admis que le fait de stipuler que, en cas de baisse de l'indice, seul le débiteur y perdrait et que, en cas de hausse, seul le créancier y gagnerait, révélait une volonté de spéculation, donc une intention monétaire. On ne peut qu'approuver cette solution qui a pour effet de moraliser l'indexation. Elle doit être retenue.

101. — Au cas où un doute subsistait dans l'esprit du juge après l'examen de ces deux éléments, encore relativement formels, il pouvait pousser son analyse plus loin et rechercher l'intention des parties à travers la clause et même l'ensemble du contrat. Mais alors la recherche devenait « purement divinatoire », la lettre du contrat risquait de primer l'intention réelle des parties. Toute allusion voilée à la valeur de la monnaie devenait une cause d'annulation, alors même qu'elle aurait été due à une maladresse de rédaction.

102. — Ainsi l'opposition entre clauses monétaires et clauses économiques avait pris un sens nouveau; elle reposait sur l'existence ou l'absence d'une intention monétaire lors de leur rédaction. L'imprécision de ce système justifiait à elle seule sa condamnation (112). Il est vrai que ce climat d'incertitude avait un effet heureux: il constituait un frein à l'extension de la pratique des clauses d'indexation. Si la conséquence était louable, le moyen n'en était pas moins condamnable. L'absence de sécurité nuisait indistinctement à toutes les clauses, qu'elles fussent utiles ou nuisibles. Un revirement de jurisprudence paraissait nécessaire. Il le paraissait d'autant plus que la Cour de Cassation n'éprouvait plus la même répugnance à affronter les problèmes monétaires. Elle avait même tenu compte de la dépréciation de la monnaie en un domaine important.

103. — Il s'agit de la détermination de la date à laquelle doit être faite l'évaluation d'un dommage (113). La doctrine classique

(111) Com., 15 novembre 1950, D. 1951.21, J.C.P., 1951.II.5972.

(112) En ce sens : H.L. MAZEAUD, R.T.D.C., 1955, p. 126, n° 58; ces auteurs affirment justement qu'il est hypocrite de procéder à cette recherche de l'intention des parties « il n'y a pas de clauses d'échelle mobile sans désir de se prémunir contre la baisse du pouvoir d'achat de la monnaie. Le nier, c'est nier la réalité ».

(113) Sur ce point cf. R.-E. CHARLIER, *Les effets de la hausse des prix dans la responsabilité civile et administrative*, J.C.P., 1947.I.650. M. GENDREL, *loc. cit.*, n°s 17 et suiv.

Nous n'étudierons pas ici le problème du choix de la date d'évaluation des biens dans les partages. La question est trop particulière. Nous indiquerons plus loin cependant quelle influence l'évolution des théories monétaires peut

enseignait qu'un jugement relatif à des dommages et intérêts étant déclaratif de droit, l'évaluation doit être faite au jour où le dommage avait été subi. La dépréciation monétaire avait donc pour effet de priver la victime d'une proportion importante en valeur réelle du montant de la réparation qui lui était due. Cette solution était si choquante que la Chambre des Requêtes, présidée par le président Félix Mazeaud, dont l'influence fut prépondérante, décidait (114) que si le droit à réparation naît au jour où le dommage est subi, l'évaluation du préjudice doit être faite au jour où la décision est rendue. Malgré l'opposition de la Chambre criminelle (115), la Chambre civile sut imposer une solution admise unanimement de nos jours (116) et qui a pour effet l'attribution d'une réparation intégrale à la victime. L'article 1382 C. civ. se trouvait ainsi respecté, mais, implicitement, le principe nominaliste était écarté. Cela est d'autant plus important que le valorisme institué n'est pas seulement un valorisme contractuel, mais un valorisme judiciaire. Sans doute est-il justifié par les principes de la responsabilité civile, sans doute ne porte-t-il pas atteinte à des conventions antérieurement conclues, comme le ferait l'imprévision; il n'en reste pas moins que l'exception est grave, qu'elle contredit incontestablement le principe selon lequel « le franc est toujours le franc » (117).

104. — On ne saurait dans ces conditions s'étonner que la Cour de Cassation ait, au cours de cette période, validé les clauses d'indexation dans un nombre toujours croissant de contrats (118).

avoir en ce domaine. Rappelons néanmoins que la jurisprudence retient la date de la jouissance divise tant pour le partage de succession : Civ., 11 janvier 1937, S. 1938.I.377, note H. Batiffol ; Civ., 20 novembre 1940, S. 1941.I.233, note H. Batiffol ; J.C.P., 1942.II.1597, note Voirin, que pour le partage de communauté : Civ., 20 novembre 1940, cit., Civ., 22 février 1955, J.C.P., 1955.II.8744.

(114) Req., 24 mars 1942, S. 1942.I.135.

(115) Crim., 17 juin 1942, J.C.P., 1942.II.1973.

(116) Civ., 24 novembre 1942, G.P., 1943.I.50, 5 juillet 1943, D.C., 1944.J.3. Civ., 10 mai 1950, D. 1950.465. Com., février 1954, D. 1954.534, note R. Rodière. La jurisprudence administrative a, elle aussi, accepté de reculer la date d'évaluation au jour du jugement : C.E., 21 mars 1947, Compagnie Générale des Eaux, D. 1947.226, tout au moins en ce qui concerne les dommages causés aux personnes.

(117) La Chambre civile, section sociale, était même allée fort loin en ce sens lorsqu'elle rejeta un pourvoi qui reprochait à une juridiction du second degré d'avoir réévalué l'indemnité accordée en premier ressort afin de tenir compte de la dépréciation. Soc., 19 novembre 1953, D. 1954.361. M. R. RODIÈRE, *Travaux pratiques de Droit civil*, T. II, n° 87, avait pu conclure que « l'arrêt ci-dessus pourrait avoir sonné le glas de la sévère jurisprudence sur les clauses-or ».

(118) Baux ruraux, arrêts précités de 1929. Baux commerciaux, arrêt précité de 1939. Baux à louer, Soc., 14 mai 1943, J.C.P., 1943.II.2337, note Becqué.

Bientôt leur validité n'a plus été mise en doute que dans le cas du contrat de prêt. La recherche de l'intention des parties a lentement perdu sa raison d'être.

Les Cours d'appel s'affrontaient sur la question de la licéité de ces clauses dans ce contrat (119). Lorsque la Cour Suprême en fut saisie pour la première fois elle ne donna pas une réponse franche (120). Elle confirma l'annulation de la clause qui avait été prononcée par la Cour d'appel, mais elle le fit en considération des circonstances de fait, tout en affirmant que l'article 1895 C. civ. n'est pas d'ordre public. Une évolution pouvait déjà être soupçonnée. Un attendu d'un important arrêt rendu l'année précédente (121) retenait lui aussi l'attention en ce sens : il reprenait la formule proposée par Henri Capitant et admise par la Chambre des Requêtes en 1929 : « Le prix de l'électricité... était « soumis à « des variations économiques dont le change n'est qu'un élément. » Ainsi qu'il a été justement remarqué (122) cette décision marquait une tendance assez nette à un retour au critère objectif. En fait il semble que dès cette époque la Cour Suprême avait fait son choix, la théorie de la défense juridique de la monnaie paraissait devoir être écartée à la première occasion favorable.

105. — On attendait un arrêt de principe qui puisse ouvrir une nouvelle phase de l'histoire de l'indexation ; il a été précédé par une décision peu connue mais qui mérite de l'être. Elle a été rendue (123) dans les circonstances de fait suivantes : ayant mis à la disposition de la Société Mathis un lot de machines-outils évalué en 1949 à 19.813.500 fr, puis en ayant obtenu la restitution en 1952, l'Etat, pour une fois créancier, demandait à cette Société le paiement d'un loyer et le versement d'une indemnité d'usure. Conformément aux conclusions de la défense sa demande fut repoussée au motif que, en 1952, les machines ayant été évaluées à 49.328.000 fr, l'Etat loin de s'appauvrir pendant cette période, s'était au contraire enrichi de près de trente millions et ne pouvait

Promesse unilatérale de vente, Civ., 27 octobre 1948, S. 1949.I.89, note Starck. Louage de service, Civ., 22 novembre 1951, J.C.P., 1951.II.6049. Ventes à paiement différé, Com., 12 mars 1952, précité.

(119) Pour les références, cf. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, cit. p. 567. Par exemple : pour la validité, Aix, 2 avril 1951, D. 1951.401, RIPERT contre la validité : Amiens, 14 novembre 1951, D. 1952.170.

(120) Civ., 3 novembre 1953, précité (COLLEIL contre WILD).

(121) Com., 12 mars 1952 (WALTER contre de LAITRE), D. 1952.337, note M. Fréjaville, J.C.P., 1952.II.6998, note J.-Ph. Lévy, R.T.D.C., 1952, p. 382, n° 39, observations H.L. Mazeaud, p. 385, n° 2, observations J. Carbonnier. R. RODIÈRE, *Travaux pratiques de Droit civil*, T. II, n° 61.

(122) A. BESSON, conclusions cit., n° 43.

(123) Cass. Com., 4 janvier 1957, D. 1957.333, note P. Esmein.

dès lors prétendre à une indemnité. Il est évidemment ridicule de prétendre que des machines usagées ont une plus grande valeur que des machines neuves ; nos magistrats sont les premiers à le savoir. S'ils ont raisonné de la sorte, c'est pour montrer à quelles incohérences peut conduire le principe nominaliste lorsqu'il est appliqué d'une manière absolue. Cette démonstration par l'absurde avait ouvert la voie à une prise de position nouvelle.

M. le Professeur Rodière avait déjà salué cette évolution d'un mot sévère : « Le voile de l'obscurantisme se déchire » (124).

§ 3. — Troisième période.

106. — L'arrêt fondamental qui a opéré ce revirement de jurisprudence a été rendu par la Chambre civile, 1^{re} section civile, le 27 juin 1957 (125). Tout a concouru à en faire un arrêt de principe ; M. le Procureur Général Besson l'avait demandé dans ses conclusions ; la Cour n'a prononcé sa décision qu'après une longue délibération en la Chambre du Conseil, sous la présidence de M. le Premier Président Battestini ; enfin, l'exposé des motifs, par son ampleur et sa généralité, ne peut laisser aucun doute sur ce point.

L'affaire soumise à la Cour était en fait assez banale ; il s'agissait d'un prêt indexé sur le blé. Le prix de cette céréale ayant monté, le débiteur demandait l'annulation de la clause. La Cour d'appel avait écarté ses conclusions. La Cour Suprême rejette le pourvoi formé contre cet arrêt pour des motifs fort intéressants.

Elle reprend d'abord son arrêt du 3 novembre 1953, qui avait décidé que l'article 1895 n'est pas d'ordre public :

« Attendu en premier lieu que l'article 1895 a seulement pour objet d'écarter, dans le silence de la convention, une révision judiciaire des conditions de remboursement du prêt d'argent, éventuellement demandée, en vertu de l'article 1892, par changement de qualité de la monnaie » ;

« L'ordre public n'exige pas, dans le prêt d'argent, une protection des emprunteurs contre la libre acceptation du risque d'une majoration de la somme à rembourser, destinée à conserver à celle-ci le pouvoir d'achat de la somme prêtée par le rapport au coût d'une denrée. »

(124) Note sous Cass. Com., 16 février 1954.

(125) Civ. (1^{re} sect. civ.), 27 juin 1957, GUYOT contre PRAQUIN, G.P., 1957.II.41, D. 1957.649, note Ripert. J.C.P., 1957.II.10.093 bis, conclusions A. Besson. Parmi les commentaires consacrés à cet arrêt : H. HUBRECHT, G.P., 1957.II, doct. 30. J.-Ph. LÉVY, J.C.P., 1957.I.1381. P. ESMEIN, G.P., 1957.II, doct. 49. H.L. MAZEAUD, R.T.D.C., 1957, p. 698, n° 30. J. CARBONNIER, R.T.D.C., 1957, p. 553, n° 5.

107. — On remarquera tout d'abord que la Cour semble limiter sa démonstration au contrat de prêt; mais il est certain que la solution peut être étendue à toutes les autres conventions : la question s'y pose avec moins d'acuité (126). Ainsi se trouve consacré le valorisme contractuel. Il l'est, et cela est fort intéressant, sur le fondement de la théorie du pouvoir d'achat de la monnaie. La Cour paraît admettre que les particuliers peuvent s'en tenir à celle-ci et refuser la valeur imposée par les pouvoirs publics (127).

L'ordre public économique ne lui paraît pas plus être susceptible de pouvoir justifier la nullité des clauses d'indexation :

« L'influence desdites clauses à cet égard apparaissant en l'état « trop incertaine pour légitimer une nullité portant une grave « atteinte à la sécurité de l'épargne et du crédit. »

En application de ces principes, la Cour balaye d'un attendu sans appel le critère retenu depuis presque vingt ans :

« Abstraction faite des motifs de la Cour d'appel concernant « la réciprocité de la clause et l'intention des parties, inopé- « rants... »

Par ce simple mot « inopérants » la Cour écarte avec la plus grande désinvolture son ancienne jurisprudence : elle abandonne le critère subjectif et revient par suite au critère objectif. Ce n'est plus l'intention des parties, mais à nouveau la nature objectivement monétaire ou économique des clauses qui est prise en considération. La sécurité se trouve enfin assurée en ce domaine.

Les Cours d'appel se sont soumises à cette nouvelle jurisprudence (128) qui se trouvait dès lors solidement établie.

Mais cette victoire du valorisme avait été trop éclatante pour être durable. Une intervention du législateur était prévisible : ce

(126) Des décisions semblables ont en effet été rendues à propos de contrats de vente : Civ., 26 mai 1959, Bull. civ., I, n° 266, de *rente viagère* : Civ., 18 mars 1958, D. 1958.654, J.C.P., 1958.II.10.563 et cf. les observations H.L. Mazeaud, R.T.D.C., 1958, p. 415, n° 38, *promesse de vente* : Cass. Com., 1^{er} décembre 1959, Jour. Spé. Soc., 12 mars 1960, de *donation* : Civ., 30 juin 1959, Bull. I, n° 324. En ce qui concerne le contrat de prêt plusieurs autres décisions ont été rendues dans le même sens, par exemple : Civ., 10 mars 1959, Bull. I, n° 147. Civ., 9 juin 1959, Bull. I, n° 290. Com., 25 novembre 1959, Bull. III, n° 266. Civ. (1^o civ.), 4 décembre 1962, G.P., 1963.I.130.

(127) Cet arrêt avait parfois été critiqué, mais M. J. CARBONNIER, *in Le principe du nominalisme monétaire et ses limites en droit français in Travaux et Conférences de l'Université libre de Bruxelles*, T. VIII, 1960, p. 111, fait remarquer justement que, en 1957, la Cour ne pouvait guère juger autrement qu'elle n'a fait car « il y avait un état de *légalité apparente* » créé notamment par les emprunts d'Etat et ceux des entreprises nationalisées. Une solution contraire aurait porté une grave atteinte au crédit et au commerce. La Cour ne pouvait en prendre la responsabilité.

(128) Par exemple : Besançon, 26 novembre 1957, J.C.P., 1958.II.10.426, note P. Esmein. Amiens, 6 mai 1960, G.P., 1960.II, somm. 12.

dernier ne pouvait tolérer que toute clause d'indexation fût reconnue valable. Une discrimination était nécessaire, elle a été réalisée peu après.

IV. — LES REFORMES DE 1958 ET 1959

L'année 1958 a marqué un tournant très important de l'histoire des clauses d'indexation et plus généralement de l'histoire du régime des paiements. L'adoption d'une nouvelle Constitution, la publication du Traité de Rome, et la promulgation d'un texte général relatif à l'indexation ont renouvelé la question.

§ 1. — La Constitution du 4 octobre 1958.

Les textes constitutionnels relatifs à la théorie des paiements n'étant pas aussi clairs que l'on aurait pu le souhaiter, le Conseil constitutionnel a déjà eu à connaître de certaines difficultés d'application.

A. — LES TEXTES GÉNÉRAUX.

108. — Aux termes de l'article 34 de la Constitution :
la loi fixe les règles concernant :

- ... les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités;
- ... le régime d'émission de la monnaie...

la loi détermine les principes fondamentaux :

- ... du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales...

L'article 37 complète logiquement celui-là en précisant que :

- Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.

Le droit privé se trouve ainsi régi soit par la loi, soit par le règlement, soit principalement par la loi et accessoirement par le règlement (129). Cette vivisection a soulevé bien des protestations (130). Le Professeur P. Durand, peu avant sa tragique disparition, lui avait consacré un article d'une lucidité remarquable (131).

(129) Sur ce nouveau régime : J. WALINE, *Les rapports entre la loi et le règlement*, Rev. Dr. Pub., 1959, p. 709 ; J. de SOTO, *La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958*, Rev. Dr. Pub., 1959, p. 287 ; J. L'HUILLIER, *La délimitation des domaines de la loi et du règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958*, D. 1959, chr. 173.

Il relève en premier lieu que la répartition des prérogatives entre les deux pouvoirs a été réalisée d'une manière telle que, en fait, « le Gouvernement est devenu le législateur de droit commun tandis que le Parlement n'est qu'un législateur d'exception ». Par suite, en l'absence de texte attribuant formellement compétence au Parlement, le Gouvernement a un pouvoir général et absolu. Bien plus, il n'existe plus, en principe, de hiérarchie entre la loi et le règlement, chacun régissant un domaine propre. Une exception cependant : dans certains cas la loi détermine les principes fondamentaux, le règlement est alors obligé de s'y conformer. Mais ce nouveau régime pose de nombreux et délicats problèmes de frontière. Il sera parfois délicat, pour certaines matières marginales, de savoir si elles relèvent du pouvoir législatif ou du pouvoir réglementaire. En cas de conflit ouvert, il appartient au Conseil constitutionnel de trancher.

109. — Une seconde difficulté, si l'on s'en tient aux questions qui nous intéressent directement, a été soulevée par cet auteur; elle naît dans le cas où le rôle de la loi est réduit à la détermination des principes fondamentaux devant régir une matière. Comment peut-on articuler la loi et le décret? Que doit-on considérer comme un principe fondamental? Autant de questions auxquelles il paraît *a priori* bien difficile de répondre, et ce d'autant plus que les deux ordres de difficultés peuvent se conjuguer!

110. — Enfin on peut se demander s'il conviendra d'ignorer les réformes apportées par voie réglementaire en matière d'obligations dès lors qu'il s'agira d'appliquer les règles relevant en principe du domaine législatif (régimes matrimoniaux et libéralités par exemple), mais régies en fait par le droit des obligations.

Ces questions que soulève la seule lecture des textes n'ont pas tardé à se poser dans la pratique. Le Conseil Constitutionnel a même déjà été saisi une fois en matière d'indexation.

B. — LA DECISION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL DU 27 NOVEMBRE 1959 (132).

111. — Par un décret en date du 7 janvier 1959, le Gouvernement avait modifié le statut du fermage et plus particulièrement déter-

(130) Cf. par exemple l'article de M. G. LEVASSEUR, *Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions*, D. 1959, chr. 121 ; centré sur le droit pénal cet article est fort riche en considérations générales.

(131) P. DURAND, *La décadence de la loi dans la Constitution de la V^e République*, J.C.P., 1959.I.1470.

(132) J.O., Déb. Sénat, 2 décembre 1959, S. 1960.102, note Giffard.

miné un nouveau mode de calcul des prix des baux à ferme (133). Il y était décidé qu'une des parties pourrait, à la fin d'une période triennale, et jusqu'à concurrence de 50 % du fermage, imposer à l'autre le remplacement de certaines denrées retenues pour le calcul du bail par d'autres. Ce décret visait expressément les articles 34 et 37 de la Constitution.

Deux sénateurs s'élevèrent contre ce texte qui leur paraissait inconstitutionnel et déposèrent une proposition de loi tendant à en obtenir l'abrogation. Le Premier Ministre porta le débat devant le Conseil Constitutionnel où le Président du Sénat défendit la proposition de loi. Il invoquait essentiellement deux arguments : le principe de l'autonomie de la volonté et celui de l'immutabilité des conventions. Tous deux sont fondés. Ce texte imposant à l'une des parties de voir modifier une des clauses fondamentales du bail est incontestablement contraire au premier principe. Il ne viole pas moins le second en ce qu'il permet de modifier la teneur d'une convention légalement formée.

Néanmoins, c'est au Gouvernement que le Conseil devait donner raison, estimant que « ceux des principes qui sont ici en cause, à savoir la libre disposition de son bien par tout propriétaire, l'autonomie de la volonté des contractants et l'immutabilité des conventions, doivent être appréciées dans le cadre des limitations de portée générale qui y ont été introduites par la législation antérieure pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations contractuelles entre particuliers ».

112. — Les commentateurs ont unanimement critiqué cette décision en se plaçant sur le terrain choisi par les sénateurs. M. le Professeur Carbonnier (134), tout en admettant que les principes fondamentaux doivent être pris dans leur contexte de législation spéciale, estime que, en l'espèce, le décret ayant introduit des dispositions nouvelles, ne pouvait être justifié par des décisions antérieures.

113. — On peut du reste éprouver les plus grandes craintes au vu de cette décision si l'on se place sur le plan monétaire. Il est parfaitement justifié de le faire puisque le décret avait pour but de modifier le régime des paiements dans les baux ruraux, régime

(133) Ce décret a été modifié par un décret du 5 octobre 1960 que nous aurons à voir.

(134) J. CARBONNIER, *Observations R.T.D.C.*, 1960, p. 332, n° 6. En ce sens : J. GIFFARD, note précitée et P. de FÉLICE, *Fermage et Constitution*, G.P., 1960.I, doct. 13. Voir en outre : Léo HAMON, S. 1961.101.

fondé sur l'indexation. A en croire le Conseil, il appartiendrait au Parlement d'autoriser le principe de l'indexation, mais c'est le Gouvernement qui aurait le pouvoir d'en déterminer les mesures d'application. Nous ne pouvons souscrire à cette conclusion qui nous semble conduire à des résultats regrettables et même contraires à toute logique juridique.

Elle conduirait tout d'abord à scinder le régime de l'indexation puisque les « mesures d'application » prises par le Gouvernement ne pourraient avoir effet que dans le domaine du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales alors que celui des régimes matrimoniaux, des successions et des libéralités n'y serait pas soumis. Une telle dichotomie est inadmissible en matière monétaire où l'ensemble des mesures prises forme un tout indivisible, où la moindre faille risque de créer un climat de méfiance susceptible d'être un germe d'inflation.

114. — Ainsi une loi du 17 mai 1960 a modifié de nombreux articles du Code civil en ce qui concerne la date d'évaluation de certains biens ou de certaines indemnités en matière de droits réels. Sous prétexte qu'elle n'a pas statué que dans ce domaine et n'a pas posé de principe général, faut-il admettre que le Gouvernement peut, pour ce qui est de la théorie générale des obligations, ne pas tenir compte de cette tendance nouvelle ? Cela semble inadmissible.

Au reste, l'article 34 de la Constitution prévoit expressément que le régime d'émission de la monnaie est fixé par la loi. On voit mal dès lors comment la loi pouvant intervenir quant à la masse de monnaie en circulation ne pourrait le faire pour régulariser sa vitesse de circulation. Cela constituerait une incohérence inadmissible.

En réalité, il est clair que l'ensemble du domaine monétaire doit relever du pouvoir législatif, montant de la masse monétaire en circulation et vitesse de rotation, régime de l'indexation et date d'évaluation (135). Aucune dérogation ne peut être tolérée, aucune intervention du Gouvernement ne peut être admise. Celle qu'il avait commise en l'espèce aurait dû être condamnée. On relèvera du reste, en ce sens, que le dernier texte relatif aux indexations est

(135) En ce sens : J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 10, p. 29 : « L'article 34 de la Constitution de 1958 fait entrer dans les matières législatives le régime d'émission de la monnaie. Si la formule devait être restreinte, suivant sa lettre, au Statut de la Banque de France, ou même à l'autorisation d'émettre, en telle ou telle quantité, les divers types d'instruments monétaires, elle n'aurait pas grande importance à notre époque. Il serait plus rationnel, et plus démocratique, d'entendre que, désormais, le droit monétaire dans sa totalité relève de la loi : ainsi, la définition de l'unité monétaire, la détermination de sa valeur et, en fait, sa dévaluation. »

une loi (loi n° 63.699 du 13 juillet 1963) ; or, personne n'en a contesté la constitutionnalité.

Mais ces difficultés n'existent que lorsque le Parlement et le Gouvernement se partagent le pouvoir ; elle disparaissent chaque fois que l'unité est réalisée. Le cas est prévu par les articles 92 et 38 de la Constitution.

C. — LES ARTICLES 92 ET 38 DE LA CONSTITUTION.

115. — L'article 92, relatif aux dispositions transitoires, avait prévu que, dans un délai de quatre mois à compter de la promulgation de la Constitution, le Gouvernement pourrait « prendre en toutes matières les mesures qu'il jugerait nécessaires à la vie de la nation ».

C'est en application de ce texte qu'a été prise l'ordonnance du 30 décembre 1958 modifiée par celle du 4 février 1959 qui régit actuellement le régime des indexations. Ces deux ordonnances ont donc un domaine d'application absolument général ; elles régissent incontestablement l'ensemble de notre droit. Aucun des problèmes que nous avons pu trouver relativement au régime de droit commun ne se pose dans ce cas.

De même l'article 38 prévoit que le Parlement peut autoriser le Gouvernement à prendre, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Cette délégation de pouvoirs ayant pour effet de créer une confusion des pouvoirs, a pour conséquence de donner une portée générale aux textes pris conformément à la loi d'habilitation.

Le Gouvernement bénéficie alors de la somme de ses pouvoirs propres et de ceux du Parlement, mais il ne peut faire plus que n'auraient pu le faire chacun d'eux. En particulier il doit agir en se conformant aux règles posées par les traités internationaux, plus précisément, en notre matière, aux dispositions du Traité de Rome.

§ 2. — Le Traité de Rome.

116. — Il faut se garder de sous-estimer l'importance du Traité de Rome en matière monétaire. D'une manière générale, la Constitution du 4 octobre 1958 a en effet consacré la supériorité du traité sur la loi et le règlement. Dans la hiérarchie des normes juridiques, le traité vient immédiatement après la Constitution et précède ces deux types de textes. L'article 55 de la Constitution ne laisse aucun doute à ce sujet :

« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois ».

Il en résulte bien évidemment que le législateur et le gouvernement ne peuvent aller contre les dispositions d'un traité. Mais il y a plus ; les auteurs s'accordent à affirmer qu'ils doivent en assurer l'exécution et prendre toutes les mesures nécessaires en ce sens (136). Tout texte édicté dans une matière régie par un traité doit donc être présumé pris en application de celui-ci. C'est dire l'intérêt que présente le Traité de Rome dans le domaine monétaire (137).

A. — L'ÉCONOMIE DU TRAITÉ DE ROME EN MATIÈRE MONÉTAIRE.

117. — Ce texte ne pose pas de règles monétaires communes à tous les Etats membres de la Communauté ; il ne fait qu'indiquer les voies à suivre. L'article 104 est révélateur de cette technique :

« Chaque Etat membre pratique la politique économique nécessaire en vue d'assurer l'équilibre de sa balance globale des paiements et de maintenir la confiance dans sa monnaie, tout en veillant à assurer un haut degré d'emploi et la stabilité du niveau des prix ».

Toute intervention du législateur dans le domaine monétaire doit donc tendre à la mise en œuvre de ces principes (138). Or, ces principes relèvent incontestablement des conceptions de la théorie psychologique de la monnaie qui se trouve ainsi introduite dans notre droit positif par une norme supérieure à la loi.

118. — Le Docteur L. Erhard a très clairement défini la position de son Gouvernement sur ce point (139) : « Tous les efforts que nous devons faire pour l'intégration de l'Europe doivent être

(136) En ce sens : Ch. ROUSSEAU, *Droit international public*, Paris, 1953, p. 46, n° 52 : « Il y a une véritable obligation pour l'Etat contractant d'édicter la loi nécessaire, et l'organe législatif ne fait alors qu'exercer une compétence liée. »

Contrairement aux Traités les recommandations votées par l'Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe ne s'imposent pas aux pouvoirs publics. Néanmoins elles bénéficient d'une autorité morale incontestable. C'est pourquoi il est intéressant de noter que la Recommandation n° 221 adoptée le 18 septembre 1959 (11^e session, 21^e séance) a rejeté sur un point fort important le principe nominaliste : elle a admis que « lorsque le débiteur s'acquitte dans la monnaie du lieu du paiement, la conversion est faite aux taux de change en vigueur à ce lieu le jour du paiement ».

(137) Traité signé le 25 mars 1957 et publié au *Journal Officiel* du 2 février 1958 (G.P., 1958.I.98).

(138) Voir RICCARDO MONACO, *Le rapprochement des législations nationales dans le cadre du Marché Commun*, Ann. Fr. de Dr. inter., 1957, 558, articles 100 et suiv.

(139) Ludwig ERHARD, *La prospérité pour tous*, p. 157.

placés sous le signe de la liberté. J'ajouterai que la convertibilité des monnaies est la meilleure des solutions aux problèmes de l'Europe... Je ne crains pas de dire que celui qui arrivera à supprimer le contrôle des devises aura fait pour l'Europe beaucoup plus que tous les politiciens, hommes d'Etat, parlementaires, hommes d'affaires et fonctionnaires réunis ».

Les commentateurs admettent qu'il incombe en premier lieu aux Gouvernements des Six Etats membres de restaurer la liberté monétaire afin de pouvoir, dans les meilleurs délais, rétablir la convertibilité des monnaies, au moins à l'intérieur de la Communauté (140). La législation des changes se trouve ainsi remise en question (141) ; même les lois sur le cours forcé paraissent devoir subir une évolution.

119. — Le trait dominant de la Communauté Economique Européenne est le retour au libéralisme, non pas à un libéralisme fait de non-intervention, mais à un libéralisme raisonné, contrôlé par les organismes nationaux et internationaux. « La conséquence la plus immédiate sur le plan interne a consisté en ce que les Etats, de par la création de la Communauté, ont perdu une partie de leur liberté monétaire » (142). La souveraineté monétaire de l'Etat a été atteinte, ce sont les particuliers qui en ont bénéficié. La restauration de la confiance par le rétablissement d'une économie libérale est devenu un impératif juridique qui s'impose aux Gouvernements des Etats membres.

B. — L'APPLICATION DU TRAITE.

120. — Le Gouvernement de la Cinquième République a entendu appliquer ce Traité signé avant son instauration. Il a pris les mesures que nécessitait son entrée en vigueur. Ainsi que le remarque M. le Professeur Reuter, « c'est envisagées à la lumière de ces considérations que les décisions politiques, économiques et monétaires de 1958 et 1959 prennent tout leur sens ». Nombre des mesures prises l'ont en effet été afin de respecter les engagements souscrits.

(140) En ce sens : P. DIETERLEN, Président de la Sous-Commission Monétaire de la Commission d'application du Marché Commun, *Le Traité de Rome et le problème monétaire*, Banque, 1960, p. 693, « la solution idéale : c'est, ce serait plutôt, la restauration complète et le maintien *ad aeternum* de la convertibilité monétaire » ; R. SÉDILLOT, *Du franc Bonaparte au franc de Gaulle*, Paris, 1959, p. 189 et suiv.

(141) L. CARTOU, *Le Marché Commun et le droit public*, Sirey, 1959, p. 114.

(142) P. REUTER, *Cours d'Organisations Européennes*, 1958-1959, p. 70.

121. — C'est le premier rapport Rueff qui nous renseigne le mieux sur l'action entreprise par le Gouvernement puisque la plus grande partie des mesures prises à cette époque l'ont été en considération de ses recommandations (143). Pour lui, « l'essentiel est de réintroduire dans les finances françaises l'impératif de l'équilibre » ; en ce sens, il préconise le maintien de l'impasse budgétaire dans des proportions raisonnables et sa couverture par l'épargne privée. Mais toutes ces tentatives ne peuvent aboutir qu'à une condition : le rétablissement de la confiance ; on en arrive toujours à la même conclusion. La confiance est incontestablement la pierre angulaire de notre système économique et monétaire. Telle a bien été la conclusion du rapport : « Il est essentiel que la nouvelle parité soit tenue pour définitive ».

Certains auteurs ont pensé que les mesures prises en application de ce rapport (144) constituaient un premier pas vers le retour à la convertibilité (145). Il semble que cette vue soit quelque peu optimiste. On peut cependant penser qu'elles marquent une tendance louable du Gouvernement à assurer ses devoirs monétaires, qu'elles témoignent d'une nouvelle orientation de la politique monétaire dans laquelle les pouvoirs publics reconnaissent la limite de leurs prérogatives et l'importance de la volonté des particuliers.

Ainsi ce rapport s'est attaché au problème de l'indexation. Il n'en a pas proposé l'abolition complète, mais seulement une réglementation susceptible d'en atténuer les effets nocifs et d'en accentuer les effets bénéfiques. Ses propositions ont été prises en considération avec d'autant plus d'intérêt qu'elles répondaient à un besoin impérieux et permettaient d'achever une évolution déjà nette de notre droit interne.

§ 3. — Les ordonnances du 30 décembre 1958 et du 4 février 1959.

122. — Le premier texte général pris en France en matière d'indexation l'a été par l'ordonnance n° 58-1374 portant loi de finances pour 1959 (146). Son article 79 dispose :

(143) Rapport sur la situation financière présenté à M. le Ministre des Finances et des Affaires Economiques en exécution de sa décision du 30 septembre 1958. Signé le 8 décembre 1958, il a été publié.

(144) Ces mesures sont essentiellement : une dévaluation de 17,55 % du franc destinée à permettre une stabilisation définitive à un taux non factice, la création progressive d'un Nouveau Franc, le rétablissement de la convertibilité extérieure du franc, le remplacement de l'Union Européenne des Paiements par l'Union Monétaire des Paiements et la libération partielle des échanges.

(145) A. TOULEMON, *op. cit.*, p. 73.

(146) *J.O.*, 31 décembre 1958, p. 1207.

1. Sont abrogées toutes dispositions générales de nature législative ou réglementaire tendant à l'indexation automatique des prix de biens ou de services. Dans chaque cas particulier, les conditions d'application de cette abrogation seront fixées par décret contresigné par le Ministre des Finances et des Affaires Economiques et les Ministres intéressés.
2. Demeurent toutefois en vigueur les dispositions de l'article 31 x a du Code du travail relatives à l'indexation du salaire minimum garanti.
3. Sont interdites toutes nouvelles dispositions statutaires ou conventionnelles prévoyant les indexations fondées sur le salaire minimum interprofessionnel garanti ou sur le niveau général des prix à la consommation.
Cessent de recevoir application les dispositions en cours comportant de telles indexations sauf lorsqu'elles concernent des dettes d'aliments ou des constitutions de rentes viagères de caractère alimentaire.

123. — Si les deux premiers paragraphes de cette ordonnance n'ont pas été critiqués, tout au moins sur le plan juridique, le troisième, en revanche, a été l'objet de nombreuses attaques, tant de la part des auteurs que de celle des praticiens. C'est pourquoi, essentiellement à la demande de ceux-ci, l'article 14 de l'ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959 (147), portant rectificatif de la loi de finances, l'a modifié en ces termes :

3. Dans les nouvelles dispositions statutaires ou conventionnelles, sauf lorsqu'elles concernent des dettes d'aliments, sont interdites, toutes clauses prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum interprofessionnel garanti, sur le niveau général des prix ou des salaires, ou sur des prix de biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention, ou avec l'activité de l'une des parties. »

Dans les dispositions statutaires ou conventionnelles en cours, les clauses prévoyant de telles indexations cessent de produire effet au-delà du niveau atteint lors de la dernière revalorisation antérieure au 31 décembre 1958 lorsque ces dispositions concernent directement ou indirectement des obligations réciproques à exécution successive.

(147) *J.O.*, 8 février 1959, p. 1751. Le décret n° 61-554 du 31 mai 1961, *J.O.*, 4 juin 1961, a étendu l'application de ces textes à l'Algérie. Ce texte n'a pris effet qu'à compter de la date de publication (article 2). On remarquera que l'ordonnance a été insérée dans le Code Dalloz, sous l'article 1243 C. civ.

124. — On relèvera enfin que l'article 4 de la loi n° 63-699 du 13 juillet 1963 (148), relative à la quotité disponible entre époux, a précisé que :

Pour l'application de l'article 79 § 3 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 modifié par l'article 14 de l'ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959, doivent être regardées comme des dettes d'aliments les rentes viagères constituées entre particuliers, notamment en exécution des dispositions du dernier alinéa de l'article 767 du Code civil et de celle du troisième alinéa de l'article 1094 du même code.

Le texte actuellement en vigueur comprend donc les deux premiers paragraphes de l'article 79 de l'ordonnance du 30 décembre 1958 et les deux de l'article 14 de l'ordonnance du 4 février 1959. *Brevitatis causa*, nous parlerons désormais de l'article 79, § 1 ou § 2, et de l'article 14, § 1 ou § 2. Le premier de ces articles concerne les indexations légales et réglementaires ; mais, ne faisant que prévoir certaines annulations, il n'offre qu'un intérêt pratique et théorique très limité. Le second, en revanche, relatif aux indexations conventionnelle et statutaire, présente une importance extrême à tous égards.

C'est donc l'article 14 qui nous retiendra au premier chef. Mais une remarque s'impose dès l'abord : ce texte ne fait que déterminer un critère de validité. C'est par suite à partir de l'analyse de ce critère que pourront être déterminés les principes généraux régissant l'indexation.

CHAPITRE 2

Nouveau critère de validité et nature juridique de l'indexation.

125. — Les ordonnances du 30 décembre 1958 et du 4 février 1959 ont, pour la première fois dans notre droit, reconnu la validité des clauses d'indexation en les réglementant. Cet aspect créateur nous paraît essentiel et ne pas avoir été assez mis en relief par les commentateurs. Nombre d'entre eux ont été arrêtés par la forme négative sous laquelle le critère a été présenté par les pouvoirs publics.

C'est pourquoi l'article 14, § 1, nous semble devoir être transposé en une formule positive. On obtient ainsi :

« Sont autorisées toutes clauses prévoyant des indexations fondées sur les prix de biens, produits ou services ayant une relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties. »

126. — Cette présentation positive du critère nouveau évoque une formule connue depuis longtemps : l'indexation interne (1). Ce procédé avait obtenu un certain succès, les auteurs ayant remarqué qu'il fait appel à la notion de société, mais il n'avait jamais été intégralement consacré. En l'absence de tout texte il avait paru difficile de l'élever au rang de principe.

La notion de société avait déjà été invoquée au Moyen-Age

(1) J. NOIREL, *loc. cit.*, n° 45, use à ce propos d'une formule remarquable : « le législateur a voulu limiter le choix des indices à ce qu'on peut appeler la sphère contractuelle ».

pour justifier dans certains contrats des stipulations d'intérêt. Le rapprochement entre ces deux questions s'impose car elles se présentent dans des termes fort proches, principalement en ce qui concerne les prêts à la production. Une forme particulière de société avait été généralement employée : la commenda ; son succès avait été très grand (2). Nombreux ont été ceux qui ont suggéré de se référer à ce précédent pour résoudre le problème de l'indexation (3).

127. — Même les auteurs hostiles par principe à l'indexation ont considéré avec une certaine faveur la référence à la notion de société. Ainsi M. le Professeur Vasseur a-t-il pu dire : « A l'évidence, l'appel qui peut être fait à l'idée de société pour justifier l'admission de l'échelle mobile est séduisante ; il conduit à poser le problème de l'échelle mobile dans des termes nouveaux » (4).

Cependant, M. Philippe Durieux estime que « sur le plan économique, l'association à la fortune de l'entreprise apparaît comme un simple prétexte et ne correspond à aucune réalité » (5). On peut douter de la pertinence de cette critique si l'on considère la genèse de cette formule.

LA GENESE DU CRITERE

a) Dans la pratique.

128. — C'est dans la pratique notariale et les emprunts des grandes sociétés que l'on trouve l'origine de l'indexation interne. Celle-ci est en effet facilement admise par les contractants car, d'une part, elle n'impose pas au débiteur une charge trop lourde mais proportionnée à ses ressources, et, d'autre part, elle fournit au créancier une garantie suffisante puisque, en principe, il a, à la conclusion du contrat, confiance en son cocontractant.

Rappelons que dans les nombreuses affaires portées devant les tribunaux, nous avons fréquemment rencontré des indexations de ce type. Deux exemples en ce sens. Dans l'espèce tranchée par la

(2) Sur ce point cf. A. DUMAS, *Dict. droit canonique*, T. V, article « Intérêt et usure », col. 1479.

(3) En ce sens par exemple : G. RIPERT, note cit., D. 1957.649. J. HAMEL, *loc. cit.*, Rev. Eco., p. 167 (p. 184) : « La société reprendrait le rôle qu'elle a joué au Moyen Age, alors que la commenda s'était créée d'elle-même pour permettre aux commerçants de tourner la prohibition canonique du prêt à intérêt. »

(4) M. VASSEUR, *loc. cit.*, R.T.D.C., 1952, p. 431. En ce sens : A. BESSON, conclusions cit., X.

(5) Ph. DURIEUX, Thèse cit.

Chambre civile, le 27 juin 1957 (6), les époux Guyot et Praquin, agriculteurs, avaient choisi comme indice le prix du blé. De même dans une affaire soumise à la Cour de Paris (2), Souquet et Gicquel, tous deux pâtisseries, avaient retenu comme indices le prix du pain, du beurre et du lait.

De grandes sociétés privées ont de même adopté cette solution, et ceci fort tôt. Ainsi en 1926 la Société Citroën émit un emprunt indexé sur l'augmentation de son chiffre d'affaires.

Le domaine des assurances a, lui aussi, connu une évolution en ce sens. Après s'être longtemps contentées des clauses-or, les compagnies se sont tournées vers l'indexation interne. « Il a fallu pour chaque branche de l'assurance dommage faire un choix minutieux. En assurance incendie c'est l'indice du coût de la construction immobilière qui a été retenu, ainsi qu'en assurance dégâts des eaux ; en assurance bris de glaces, c'est l'indice du coût des glaces qui a été choisi » (8). Mais en matière d'assurance responsabilité civile et assurance vie, il n'a pas été possible de dégager un indice spécifique ; il a fallu se tourner vers le salaire moyen départemental ou l'indice du coût de la vie.

129. — Le droit administratif a lui aussi adopté cette solution ; la matière s'y prête tout particulièrement. La continuité des services publics est subordonnée à leur équilibre financier ; or, l'indexation interne permet d'« éviter un défaut excessif de parallélisme entre les prix de revient réels et les prix payés au cocontractant » (9). Afin d'obtenir le meilleur résultat possible, les contrats retiennent généralement une combinaison de paramètres-salaires et de paramètres-matières (10). C'est le type même de l'indexation interne.

Les exemples les plus connus ne sont pourtant pas ceux-ci, mais les grands emprunts émis par les entreprises nationalisées. Il en a été de plusieurs types, nous ne rappellerons ici que quelques exemples (11). Un emprunt émis en 1952 par les Charbonnages de

(6) Civ., 27 juin 1957, cf. références ci-dessus, n° 106.

(7) Paris, 3 juillet 1951, D. 1951.535.

(8) E. MÉNARD, *L'assurance à indice variable*, Paris, 1945, p. 85.

(9) A. de LAUBADÈRE, *op. cit.*, n° 768 et suiv.

(10) Ainsi les C.C.T. du gaz prévoient, en application de l'article 19 du décret du 31 octobre 1950, des clauses de variation dont les éléments de référence sont le charbon (C), le salaire des industries mécaniques et électriques (S) et les prix de gros des produits industriels (E). La formule exacte est :

$$G = \frac{6 \text{ C} + 32 \text{ S} + 30 \text{ E}}{\text{C}^{\circ} \quad \text{S}^{\circ} \quad \text{E}^{\circ}}$$

(11) Sur ce point cf. p. ex. : J. HAMEL, *loc. cit.*, D. 1952, doct. 161. H. VIAUX, *loc. cit.*, Rev. Eco., 1955.249. COCATRE-ZILGIEN, *loc. cit.*, Rev. Dr. Pub., 1960.32.

France a été indexé sur la productivité du mineur de fond ; un de 1953, émis par la S.N.C.F., l'a été sur le prix du kilomètre-voyageur en 3e classe ; un de 1953, émis par le Gaz de France, l'a été sur le prix du mètre cube de gaz. Mais l'initiative la plus remarquable est venue de l'Electricité de France qui, en 1952, a émis des « parts de production » indexées sur le prix du kilowatt-heure.

b) *Dans la jurisprudence.*

130. — En retraçant l'évolution de la jurisprudence, nous avons vu que, de 1939 à 1957, quelques tribunaux avaient attaché un certain prix à l'indexation interne, mais ils n'avaient retenu cette notion qu'en tant qu'indice de l'intention des parties. Le fait d'avoir usé d'une telle indexation faisait présumer une intention non monétaire (12). La Cour Suprême avait même paru un moment vouloir faire de cette indexation un exemple des procédés valables. Mais son désir de favoriser l'indexation lui fit écarter toute barrière ; l'indexation interne ne survécut pas à l'abandon de la recherche de l'intention des parties.

131. — On remarquera d'autre part que la notion de réciprocité, retenue elle aussi comme indice de la volonté des parties, est fortement colorée par l'idée de société. Un rapprochement s'impose en effet entre l'exigence de la réciprocité de la clause d'indexation par certains tribunaux (13) et l'interdiction des sociétés léonines qui résulte de l'article 1855 du Code civil :

« La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, est nulle.

« Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs associés ».

Il est réellement symptomatique que les tribunaux aient recherché la volonté des parties en faisant appel à deux notions qui présentent un lien incontestable avec l'idée de société. Peut-être cette orientation a-t-elle été inconsciente, elle n'en est pas moins instructive ; elle prouve que l'appel à cette idée répond à un besoin profond. Certaines juridictions ont d'ailleurs fait expressément mention de la notion d'association (14).

(12) Cf. ci-dessus, n° 99.

(13) Cf. ci-dessus, n° 100.

(14) Ainsi le tribunal civil de la Seine, le 13 décembre 1952, avait accordé à une femme divorcée, sur le fondement de l'article 301 1° C. civ., une pension portant sur le tiers des revenus de son ex-mari ; la Cour de Paris estima que le mari, qui n'avait pas fait appel de cette décision afin d'en contester

c) Dans la législation.

132. — Les pouvoirs publics ont été, eux-aussi, attirés très tôt par cette notion ; de nombreux textes ont été influencés par elle. Nous n'en retiendrons que deux (15).

Le premier sera le décret n° 53-709 du 9 août 1953, qui a déterminé le régime des emprunts des collectivités locales. Après avoir indiqué que « seuls les emprunts émis pour des travaux... directement rentables » devaient être indexés, l'exposé des motifs nous dit : « le ou les indices choisis représenteront le prix ou les coûts des prestations intéressées, de façon à tenir à travers les fluctuations de la conjoncture la balance égale entre les consommateurs et les prêteurs » (16).

Les auteurs de ce texte ont eu essentiellement deux buts en vue : assurer l'équilibre financier de ces collectivités et faire respecter l'équité dans les rapports entre particuliers. C'est l'indexation interne qui leur a paru permettre la réalisation du premier. Elle peut aussi assurer le second. Un autre ensemble de textes le montre.

133. — Les mêmes préoccupations sont en effet apparues en matière de sécurité sociale entendue au sens large. Le principe nominaliste était inapplicable car les prestations devaient être adaptées à la valeur réelle de la monnaie afin de remplir leur but. On avait d'abord songé à les indexer sur le coût de la vie, ainsi que le suggèrent les principes monétaires, mais cette solution fut très vite abandonnée en faveur de l'indexation sur le niveau général des salaires. Ce système présente deux avantages majeurs.

Tout d'abord, il assure l'équilibre financier des caisses en proportionnant ressources et dépenses, puisque les cotisations sont aussi fonction des salaires. D'autre part, il permet une plus grande justice en faisant « participer les bénéficiaires de prestations à l'élévation des niveaux de vie » (17), alors que le premier système ne ferait que leur assurer la conservation de leur pouvoir d'achat.

C'est donc lui qui a été retenu par le législateur dans la grande majorité des cas. Il en est ainsi en matière d'assurance-invalidité

le principe, avait accepté que sa femme « demeure en quelque sorte associée à l'évolution de sa situation ». Procédure rappelée dans l'arrêt : Paris, 10 février 1959, J.C.P., 1961.II.12107, obs. R.B.

(15) On remarquera en outre que l'article 4 de la loi du 2 août 1949 sur la revalorisation des rentes viagères avait prévu, dans le cas des rentes indexées, que « la rente ne peut dépasser en capital la valeur, au jour de l'échéance, du bien cédé en contrepartie ». Un lien était établi entre le jeu de l'indexation et l'objet de la convention. Cf. sur ce point : BÉCHADE, *La révision des rentes privées en 1960*, J.C.P., 1960.I.1545.

(16) Sur l'application de ce décret, cf. COCATRE-ZIELGEN, *loc. cit.*

(17) P. DURAND, *Cours de Sécurité sociale*, 1959-1960, p. 304. Sur l'ensemble de la question, cf. p. 300 et suiv.

(art. 313, C. Séc. Soc.), de rentes accidents du travail (art. 455) et pension vieillesse (art. 344).

134. — La Convention collective de retraite des cadres a, elle, retenu une conception quelque peu différente, mais cependant fort intéressante. Les droits des intéressés sont symbolisés par un certain nombre de points de retraite à la fin de leur carrière ; ils sont calculés chaque année selon la valeur qui a été attribuée au point. La valeur du point est fixée en fonction du niveau des salaires. Ce point de retraite constitue une véritable monnaie de compte, il joue le rôle d'un indice.

Dans ce dernier cas, pouvoirs publics et particuliers s'étaient entendus pour retenir une indexation interne ; ils suivaient en cela une tendance qui, nous venons de le voir, était assez générale. Cette formule d'indexation paraissait être la seule susceptible de recueillir une large approbation. Au reste il ne faut pas oublier que le texte de l'article 14, § 1, a été inspiré par la Chambre Nationale des Notaires (18).

135. — En outre, l'appel à la notion de société présente l'avantage incontestable de placer le problème de l'indexation sur un plan extra-monétaire. Les clauses d'indexation peuvent ainsi être examinées en elles-mêmes, indépendamment du contexte inflationniste. Cette circonstance est heureuse car il ne fait pas de doute que l'indexation peut être utile non seulement en vue de pallier une dépréciation monétaire, mais encore pour assurer l'équilibre de toute convention incluant un élément de temps.

Cependant on peut se demander si l'indexation interne repose réellement sur une vérité de fond et si elle est bien en harmonie avec la nature de l'indexation. En effet, pour que cette formule puisse recevoir une application générale et durable, il faut tout à la fois qu'elle s'appuie sur une notion susceptible d'atténuer les effets nocifs de l'indexation et qu'elle s'intègre naturellement dans la théorie générale de l'indexation. Ce n'est donc que lorsque l'indexation interne aura été confrontée avec la notion de société puis avec la nature juridique de l'indexation qu'il sera possible de déterminer dans quelle mesure elle peut recevoir une application utile en droit positif à la lumière des textes nouveaux.

I. — L'INDEXATION INTERNE ET LA NOTION DE SOCIÉTÉ.

136. — Si doctrine, jurisprudence et législation ont fait appel à la notion de société, entendue ici dans un sens large tant juridique

(18) Sur ce point, cf. E.S. de la MARNIÈRE, *loc. cit.*, J.C.P., 1959, éd. N. 1493, §§ 1 et 2.

qu'économique, c'est que celle-ci présente des caractères très particuliers. Il en est de même de la notion d'association, mais l'importance pratique de cette dernière étant moindre, nous n'y ferons allusion qu'accessoirement à la première. La société est aisée à distinguer, sur le plan théorique, des autres conventions, car sa nature propre présente une autonomie très marquée. Néanmoins, sur le plan pratique, l'opposition est moins nette que l'on pourrait croire ; le principe de l'autonomie de la volonté permet en effet aux particuliers d'adopter des formes intermédiaires dont il peut être difficile de déterminer la nature juridique.

§ 1. — La nature propre de la société.

Bien que l'article 1832 C. civ. n'énonce que deux éléments constitutifs de la notion de société, les auteurs s'accordent à en reconnaître trois : l'existence d'apports, la participation des associés aux profits et aux pertes, et l'*affectio societatis*. Peuvent-ils individuellement permettre de caractériser une société ?

137. — L'existence d'apports ne suffit certainement pas à distinguer le contrat de société des autres conventions, leur mode de réalisation « ne donnera, le plus souvent, aucun élément qui permette de qualifier le contrat » (19). En effet, au cas d'apport en jouissance, l'associé ressemble à un prêteur ; au cas d'apport en propriété, il se rapproche du vendeur ; enfin, lorsqu'il y a apport en industrie, « l'associé qui fournit son travail ne se distingue guère de l'employé qui loue ses services » (19).

138. — La participation aux bénéfices, qui doit nécessairement exister dans le contrat de société (20), peut se rencontrer dans tout contrat ; elle ne saurait par suite, elle non plus, être retenue comme seul élément distinctif. Les auteurs sont unanimes en ce sens (21). Mais il ne faut pas en conclure que la participation aux bénéfices n'a qu'une faible importance ; son rôle est grand, mais il est tout différent, nous aurons à le déterminer.

La participation aux pertes a pu paraître plus spécifique à de nombreux auteurs. Cet élément est en effet particulièrement révé-

(19) E.N. MARTINE, *Les problèmes de qualification à propos des sociétés en participation*, Rev. trim. dr. com., 1959, p. 41, n° XII.

(20) Ce principe a été rappelé de la manière la plus nette par un arrêt de la Chambre civile (1^{re} civ.), du 3 avril 1963, Bull. civ., n° 209, p. 178.

(21) En ce sens : J. HAMEL, *Cours de droit civil approfondi*, 1940-1941, p. 143. RIPERT, *Traité de droit commercial*, 4^e éd., par Durand et R. Roblot, Paris, 1959, p. 388, n° 785. E.N. MARTINE, *loc. cit.*, n° XIII.

lateur de l'existence d'une société (22), mais il est insuffisant à lui seul pour permettre une qualification incontestable.

La jurisprudence admet que la seule absence de rémunération des capitaux, dans le cas de l'apport en jouissance, doit être considérée comme une perte (23). La situation de l'apporteur en jouissance se trouve donc être fort proche de celle d'un prêteur qui aurait obtenu une participation aux bénéfices (24) : tous deux n'encourent que le risque de n'être pas rémunérés mais conservent le droit au remboursement de leur capital.

La Cour Suprême admet de même, en ce qui concerne l'apport en industrie, que la non-rémunération du travail fourni pour le compte de la société constitue une perte (25). Ainsi, l'associé et le salarié, dont la rémunération consiste en une participation aux bénéfices, se trouvent soumis à des régimes similaires.

Bien plus, on remarque en pratique que, si la participation aux bénéfices est toujours réglée par le contrat, la participation aux pertes n'est généralement pas prévue. Dans ce cas, la Cour de Cassation (26) admet que « le partage des bénéfices implique nécessairement, en cas de pertes, le partage de celles-ci ».

Il apparaît ainsi que, des deux éléments prévus par la loi, c'est la participation aux bénéfices qui joue le plus grand rôle. Son importance pratique n'est d'ailleurs pas moindre dans la détermination du troisième élément de la société, celui-ci dégagé par la doctrine : *l'affectio societatis*.

139. — C'est en effet ce troisième élément, subjectif et non objectif comme les précédents, qui, pour les auteurs, « permet de distinguer la société des contrats voisins ou des situations voisines » (27). Vu l'importance de cette notion, ils se sont efforcés de la définir. Mais, si elle se conçoit aisément, il est, contre toute attente, très délicat de l'énoncer clairement (28).

(22) En ce sens : J. HAMEL, *op. cit.*, *supra*, p. 146. L'intervention de M. LACARDE, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. VIII, p. 257.

(23) Req., 20 décembre 1893, D. 1894.I.224.

(24) Cf. J. HAMEL, *op. cit.*, *supra*, p. 151.

(25) Crim., 24 janvier 1914, D.P., 1917.I.161. Soc., 15 novembre 1945, G.P., 1946.I.13.

(26) Com., 1^{er} décembre 1959, Bull. 1959.III, p. 356, n° 409.

(27) J. HAMEL et G. LACARDE, *op. cit.*, n° 408. En ce sens Ch. LAPP, *Juris Classeur des Sociétés*, fasc. 20, n° 12 : « la recherche de *l'affectio societatis*, tel est le problème essentiel que pose la distinction du contrat de société des autres contrats ». G. GAVALDA, note sous Civ., 28 novembre 1960, J.C.P., 1961.II.11.926.

(28) Sur ce point cf. J. HAMEL, *L'affectio societatis*, R.T.D.C., 1925.761.

Certains avaient tenté d'en donner une définition économique (29). Tel a été le cas du Doyen Ripert : « Ce que l'on trouve dans le contrat de société ce n'est pas seulement un intérêt commun des contractants. C'est une identité d'intérêt, une coopération économique des parties. Le but poursuivi est le même, les moyens employés sont les mêmes... Cette idée de coopération se précise en celle de collaboration » (30). Mais il ne leur a jamais été possible de s'entendre sur une formule unique. Il semble par suite préférable de s'en tenir à une recherche de volonté des parties.

Ce sont les tribunaux qui devront rechercher si une telle volonté d'association a existé ou non. Pour ce faire, il est bien évident qu'ils ne pourront s'arrêter à la qualification donnée par les parties, lesquelles peuvent s'être méprises ou avoir voulu tourner la loi (31). Cette qualification ne constituera qu'un des indices de leur volonté.

On peut remarquer avec M. le Doyen Hamel que « le juge aura alors à faire une recherche psychologique de la volonté des particuliers, qui est tout à fait conforme aux tendances générales de notre droit français » (32). Il devra s'efforcer de pénétrer l'atmosphère du contrat, celle-ci diffère profondément du contrat de société aux autres contrats.

140. — Henri Capitant l'a fort justement mis en lumière : « Parmi les contrats synallagmatiques, il faut, du point de vue de la cause, distinguer ceux dans lesquels chacun a en vue un but égoïste, distinct de celui que vise l'autre, et ceux qui sont caractérisés par la poursuite d'un même but que se proposent tous les contractants... telles sont la société et l'association » (33).

147. — Cette différence de cause a incité les sociologues à opposer ces deux contrats aux autres. Ils proposent de distinguer entre les obligations mutuelles, fondées sur la volonté collective du groupe, et les obligations de type normal qui trouvent leur source dans l'appauvrissement subi par le créancier au profit du débiteur, appauvrissement qui contraint ce dernier à réparer l'équilibre ainsi rompu. M. le Professeur Lévy-Bruhl en conclut que, si les civilistes modernes n'éprouvent aucune hésitation à classer la société parmi les contrats ordinaires, « il est bien évident, pourtant, que le caractère spécial

(29) En ce sens : ESCARRA, *Cour de droit commercial*, n° 509. THALLER, D.P., 1904.I.257.

(30) G. RIPERT, *Prêt avec participation aux bénéfices et société en participation*, Ann. Dr. Com., 1905.53. Dans le même sens : ESCARRA et RAULT, *Sociétés commerciales*, T. I, n° 132.

(31) Req., 3 mars 1903, D.P., 1904.I.257. Civ., 30 octobre 1945, D. 1946.I.2. Com., 6 mars 1950, D. 1950.385.

(32) *Cours de droit civil approfondi*, 1940-1941, p. 158.

(33) H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3° éd., n° 19.

donné à ce contrat par l'identité des prestations lui confère une place à part, au moins en ce qui concerne la théorie des sources» (34).

C'est justement parce que la société et l'association supposent des rapports non antagonistes (35) que l'on a pu espérer trouver en elles une solution aux problèmes de l'indexation, et plus généralement à ceux posés par la dépréciation monétaire.

Mais comment les magistrats pourront-ils pratiquement découvrir l'intention des contractants ? Ils se référeront à l'ensemble des clauses de la convention afin de déterminer la qualification la plus conforme à sa tendance générale. Une d'entre elles joue un rôle particulièrement important : il s'agit de la clause de participation aux bénéfices. L'examen de la jurisprudence relative à la distinction entre le contrat de société et les autres contrats nous permettra de le constater.

§ 2. — Contrat de société et autres contrats synallagmatiques.

142. — C'est en effet généralement l'existence d'une clause de participation aux bénéfices dans une convention qui va poser la question de savoir si l'on est ou non en présence d'une société. Cette clause introduit en quelque sorte une présomption en ce sens, les autres éléments ne semblant intervenir qu'à titre accessoire.

143. — Ainsi la remise d'une somme d'argent à un contractant qui verse en contrepartie une rémunération proportionnelle aux bénéfices qu'il réalise peut correspondre à un apport en société ou à l'exécution d'un contrat de prêt. Ce ne sont que de faibles indices qui permettent de statuer en ce sens ou en l'autre (36). Par exemple, la remise d'une somme d'argent à un pharmacien par un non-pharmacien a pu être considérée comme un prêt rémunéré par une participation aux bénéfices dans un cas où la participation aux pertes n'avait pas été envisagée (37) et comme une association en participation dans un cas où elle était prévue (38). Dans la première espèce, la convention put échapper à la nullité prévue pour les sociétés de ce type ; elle la subit par contre dans la seconde. Or l'intention des parties avait sans doute été la même dans les

(34) H. LÉVY-BRUHL, *Aspects sociologiques du droit*, Paris, 1955, p. 109.

(35) On remarquera que les jurisconsultes romains parlaient en ce sens de *jus fraternitatis*. Ils reconnaissaient au contrat de société une nature propre.

(36) Par exemple : Req., 3 mars 1903, D.P., 1904.I.257. Com., 13 décembre 1950, Bull. 1950, II, p. 275. Com., 4 août 1952, Bull. 1952, III, p. 230. Com., 1^{er} décembre 1959, Bull. 1959, III, p. 356, n° 409.

(37) Civ. (1^{re} sect. civ.), 28 octobre 1957, Bull. 1957, I, n° 403.

(38) Civ. (1^{re} sect. civ.), 28 novembre 1960, J.C.P., 1961.II.11926, note C. Gavalda.

deux cas, une simple maladresse de rédaction imposait au juge de voir dans la seconde une société, et par suite, d'annuler la convention. On peut en conclure très justement que « la plasticité du prêt et de la société en participation est telle qu'on passe de façon insensible d'un schéma juridique à l'autre » (39).

144. — Contrat de louage de service et contrat de société peuvent de même apparaître très proches dans la pratique. Une affaire récente le montre clairement. Une société coopérative ouvrière de production cinématographique avait passé un contrat avec une artiste ; celle-ci recevait, d'une part, une somme forfaitaire de 225.000 francs, et, d'autre part, une participation aux bénéfices fonction de cette somme. Le tribunal des prud'hommes avait vu dans cette convention une société, la Cour de Paris (40) estima en revanche qu'il s'agissait d'un louage de service. Aucune des raisons habituelles n'imposait cependant cette solution. Principalement l'*affectio societatis*, généralement invoquée (41), n'avait pu l'être ici, aucun élément ne permettant de statuer sur elle. Elle correspond en principe à l'absence d'un lien de subordination (42) ; or, vu les circonstances, le principe était inapplicable en l'espèce. Aucune solution incontestable ne pouvait être trouvée. La distinction entre les deux contrats est parfois purement théorique et repose sur une recherche de volonté des plus aléatoires (43).

145. — Il en va de même en ce qui concerne le contrat de bail commercial qu'il est dans certains cas difficile de distinguer du contrat de société. Ainsi le loyer des salles de cinéma ayant été fréquemment calculé en fonction des recettes réalisées par l'exploitant, la Cour de Paris a-t-elle hésité sur la qualification à donner à cette convention. Elle l'a fait en se référant à l'intention des parties, en recherchant s'il y avait eu ou non *affectio societatis* ; mais sa jurisprudence n'est pas d'une grande fermeté (44).

(39) C. GAVALDA, note précitée.

(40) Paris, 13 octobre 1960, J.C.P., 1961.II.11954 et Rev. Trim. Dr. Com., 1961, p. 92, n° 2, observations Rodière.

(41) En ce sens : Crim., 24 janvier 1914, D.P., 1917.I.161. Req., 3 janvier 1940, D.H., 1940.88. Soc., 15 novembre 1945, G.P., 1946.I.13. Com., 3 juillet 1950, Bull. 1950, II, p. 166. Com., 6 décembre 1955, Bull. 1955, III, p. 301.

(42) Com., 21 novembre 1955, Bull. 1955, III, p. 282. Com., 9 juin 1958, G.P., 1958.II.112.

(43) Cf. de même : Lyon, 2 février 1961, Mon. Jur. Lyon, 13 novembre 1961.

(44) A estimé qu'il s'agissait d'un bail la Cour de Paris le 22 novembre 1948, Rev. Loy., 1949, 680. Deux mois plus tard, la même Chambre (la 6^e) statua en sens contraire dans des circonstances très proches : Paris, 10 janvier 1949, Rev. Loy., 1949, 682. Dans le même sens : Paris (2^e Ch.), 5 février 1952, inédit. Mais en faveur d'une grande circonspection : Trib. civ. Seine, 21 avril 1953, G.P., 1953.II.16, Paris, 20 novembre 1957, J.C.P., 1958.IV.108.

146. — Le contrat de bail rural peut aussi se rapprocher de la société : le métayage, qui est une forme intermédiaire entre ces deux contrats (45), en fournit un exemple bien connu. C'est la participation aux bénéfices qui va, là encore, poser un problème de qualification ; elle est en effet très fréquente en cette matière qui s'y prête particulièrement (46). Ce sera encore la recherche de l'*affectio societatis* qui permettra de trancher la difficulté.

147. — Enfin, pour retenir un dernier exemple (47), le contrat de mandat salarié peut, lui aussi, prendre une forme proche de la société. Un propriétaire avait confié à un agent immobilier le soin de lotir et de vendre son terrain. La rémunération de ce dernier consistait en un partage des bénéfices, le prix de vente de base étant fixé à dix francs le mètre carré. La Chambre des Requêtes (48) estima que l'agent d'affaires « apportant son expérience, sa connaissance des formalités administratives et sa clientèle » et « participant bien aux bénéfices réalisés sur chaque opération et aussi aux pertes éventuelles, puisqu'au cas de vente des lots au-dessous du minimum de 10 francs par mètre carré il perdait le fruit de son apport en travail et en industrie » devait être considéré comme un associé.

148. — Cette dernière espèce, jointe aux précédentes, montre clairement que la recherche de l'intention des parties est dominée par l'examen des circonstances objectives qui ont entouré sa manifestation. En pratique, l'existence d'une clause de participation aux bénéfices contribue grandement à révéler une volonté d'association. L'importance d'une telle clause ne doit donc pas être sous-estimée. Or cette clause est une clause d'indexation.

Par suite, alors qu'il nous est déjà apparu que l'indexation interne est susceptible par son fondement de constituer une solution au problème de l'indexation, on peut déjà prévoir qu'elle est en parfaite concordance avec la nature juridique de l'indexation.

(45) Sur cette question : OURLIAC et de JUGLART, *Fermage et Métayage*, n° 137, et la mise à jour de 1954, n° 15. J. CARBONNIER, R.T.D.C., 1957, p. 144, n° 4 : « le métayage a été une société, il en conserve, même aujourd'hui, des traces ». Cf. Soc., 24 février 1960, Bull. civ., 1960, IV, p. 170, n° 216.

(46) Cf. ci-dessous, n° 73, 96. Le développement des sociétés de culture a lui aussi montré la force d'expansion de la notion de société. Sur ce point : R. SAVATIER, *Les sociétés de culture susceptibles de remplacer les baux à ferme*, Rép. Not., 1947, article 26.452. P. CATALA, Thèse cit., n° 65 et suiv., p. 98 et suiv.

(47) Sur la distinction du contrat de louage de choses et de la société : Com., 31 janvier 1956, Bull. 1956, III, p. 37, n° 46. Sur la distinction du contrat de vente et de la société : Com., 5 avril 1960, Bull. 1960, III, p. 126, n° 140.

(48) Req., 20 décembre 1939, J.C.P., 1940.II.1439. Voir d'autre part : Com., 26 décembre 1960, Bull. civ., p. 392.

II. — L'INDEXATION INTERNE ET LA NATURE JURIDIQUE DE L'INDEXATION

149. — Rappelons tout d'abord que, à notre avis, l'indexation doit être considérée hors du contexte inflationniste auquel elle a été liée par suite des événements. Sa nature propre est indépendante des caractères qui lui ont été donnés par la dépréciation monétaire.

L'extrême diversité des formules d'indexation permet de douter à première vue de la possibilité de reconnaître une nature autonome à celle-ci. Cependant, il est possible de classer les différents types de clauses et, par suite, de voir l'influence qu'elles peuvent avoir sur les contrats où elles ont été stipulées.

§ 1. — L'échelle des clauses.

150. — Les clauses d'indexation, bien que pouvant être diversifiées à l'infini, relèvent en fait de quelques types simples. A partir de ces thèmes, les contractants ont tout loisir pour procéder à des variations ou à des combinaisons. Mais seules les clauses primaires sont intéressantes en elles-mêmes.

Leur nombre est, au demeurant, relativement limité, ce qui facilite leur examen. Bien plus, il paraît possible de les classer en fonction de la notion de société. Certaines évoquent une idée assez précise de société alors que d'autres lui sont entièrement étrangères.

151. — La clause de participation aux bénéfices vient bien sûr au premier rang dans cette optique. Elle peut être incluse dans tout contrat et tend à la limite à en faire un contrat de société. D'ailleurs, son effet est si pur et si absolu que l'on a pu douter qu'elle constitue une clause d'indexation au sens propre. On ne saurait cependant mettre à part cette clause, car ses effets sont incontestablement ceux des clauses d'indexation. Mathématiquement, toutes se traduisent de la même manière (50). Mais cette clause pose en pratique de

(49) Certains auteurs parlent à propos des obligations indexées sur les bénéfices d'obligations participantes ; ils distinguent ainsi cette clause des clauses proches. En ce sens, PESTY, *Les obligations à revenu variable*, Thèse, Paris, 1952. Contra : Ph. ANDRIEUX, *L'évolution du statut des obligataires*, Paris, 1960, p. 33.

(50) Si l'on représente la rémunération due par R et l'indice par I, la formule type de l'indexation est :

$$R = R^0 \times \frac{I}{I^0}$$

La participation aux bénéfices se traduit la première année par la formule :

$$R^0 = n \times B^0$$

déliçats problèmes d'application. Il est en effet souvent difficile de déterminer le montant exact des bénéfices d'une société ou d'un particulier. C'est pourquoi il a été très souvent fait appel à une forme atténuée de cette clause.

152. — Il s'agit de la clause d'indexation sur le chiffre d'affaires ; son application pose moins de problèmes en pratique. Mais à son sujet, les auteurs se sont opposés. Certains estiment qu'elle ne répond pas à l'idée de société. Cela se manifeste d'abord par le fait que les variations du chiffre d'affaires ne correspondent pas nécessairement à celles des bénéfices et que, en conséquence, l'une des parties risque d'être lésée (51). Ce reproche n'est qu'accessoire car il faut reconnaître que les différences ne seront en fait que relativement minimales ; elles seront la contrepartie de la simplicité du procédé. Une critique plus grave a été avancée. On a soutenu que cette clause ne pouvait impliquer une idée de société car « à la différence de la précédente, elle n'emporte pas une contribution éventuelle aux pertes » (52). Mais l'argument n'est pas décisif ; en effet, la jurisprudence, nous l'avons vu, considère que l'absence de rémunération équivaut à une perte. Or, cette clause peut y conduire. C'est pourquoi la majorité des auteurs admet que la clause d'indexation sur le chiffre d'affaires donne une idée assez exacte de l'idée de société (53). La Cour d'appel de Paris a d'ailleurs statué en ce sens. Elle a admis que cette clause peut être assimilée à la clause de participation aux bénéfices et, jointe à des apports et à une *affectio societatis*, déterminer un con-

pour la deuxième année elle est :

$$R = \frac{n \times B}{100}$$

soit par rapport à la 1^{re} année :

$$R = R^0 \times \frac{B}{B^0}$$

On se trouve ainsi ramené à la formule type de l'indexation.

(51) En ce sens : LAFARGE, *Rev. Loy.*, 1949.685. G. DEFALLENS, *Gestion financière de l'entreprise*, Paris, 1960, p. 313 et suiv. G. RIPERT, *La rémunération des capitaux apportés à l'entreprise*, *Les cahiers économiques*, oct. 1952.

(52) C. GAVALDA, note sous Civ., 28 novembre 1960, J.C.P., 1961.II.11926. En ce sens : MOREAU-NÉRET, *Revue des Deux Mondes*, août 1952, p. 507. M.A. FRANÇON, *Les types récents d'obligations dans les sociétés*, R.T.D. Com., 1954, p. 513.

(53) Par exemple : M. VASSEUR, *loc. cit.*, D. 1954, doct. 1, n° 24. G. RIPERT, *Economie et comptabilité*, juillet 1953, p. 42. J.-L. FOURGOUX, J. GARDIES et M. STOCCANE, *Les baux indexés sur les recettes et leur révision*, *Act. Jur. Loy.*, 1960.I.29 : « Que la redevance ne soit pas calculée sur les bénéfices mais sur les recettes n'est certes pas un argument suffisant pour établir l'absence d'*affectio societatis*. Seules des raisons de commodité dictent le choix du chiffre d'affaires comme référence ; ce sont en fait les bénéfices réels qu'on a voulu atteindre directement à travers le miroir plus ou moins fidèle des recettes. »

trat de société (44). Peut-être la Cour a-t-elle été conduite sur cette voie audacieuse par la volonté de faire échapper la convention qui lui était soumise à la législation sur les loyers, il n'en reste pas moins que la vérité ne saurait être très éloignée. La clause visée serre de fort près la société ; elle se place cependant un degré au-dessous de la clause de participation aux bénéfices.

153. — Un échelon plus bas encore nous trouvons la clause d'indexation sur la productivité de l'entreprise. Son application ne présente guère de difficultés ; d'autre part, elle assure convenablement l'équilibre financier de l'entreprise (55) ; aussi a-t-elle connu un certain développement au cours des dernières années (56). Mais elle n'approche que d'une manière assez lâche l'idée de société ; elle ne donne qu'une image très grossière de la prospérité de l'entreprise. Cependant son but étant de refléter la situation de celle-ci, elle ne diffère guère, intrinsèquement, des clauses précédentes. Elle apparaît nettement colorée par l'idée d'association du créancier à la fortune du débiteur. Son sort est généralement lié à celui des deux précédentes par les auteurs et par le législateur.

154. — Un nouveau pas nous conduit à l'indexation sur le prix d'un bien ou d'un service présentant un rapport direct avec l'objet de la convention. Tel est le cas, par exemple, lorsque le loyer d'une scierie est indexé sur le prix d'un chêne. Ici le recul est particulièrement net. Sans doute le prix d'achat des matières premières et le prix de vente des objets produits par l'entreprise influent-ils directement sur les bénéfices de celle-ci, et, dans cette mesure, évoquent-ils l'idée de société (57), mais il faut constater qu'il ne saurait plus être question de découvrir quelque *affectio societatis*. Economiquement, l'idée de société peut encore exister ; psychologiquement, elle ne subsiste qu'à l'état latent. Ce type de clause est apparu récem-

(54) Paris (6^e Chambre), 10 janvier 1949, Rev. Loy., 1949.682. « Considérant que cette clause constitue en quelque sorte une participation aux bénéfices estimés d'après les recettes nettes aux fins d'éviter la diminution des bénéfices par la production de frais généraux non contrôlables ».

(55) M. VASSEUR, *loc. cit.*, D. 1954, chr. 1 : « Cet indice est économiquement le meilleur ; il constitue en même temps une application assez fidèle de l'idée de société. »

(56) Par exemple l'emprunt 1952 des Charbonnages de France était indexé sur la productivité du mineur de fond (arrêté du 2 février 1952, J.O., 5 février 1952).

(57) En ce sens : M. VASSEUR, *Le droit de la réforme des structures industrielles et des économies régionales*, Paris, 1959, p. 182 : « Le souscripteur — moins apparemment peut-être qu'au cas d'obligations participantes — se trouve associé au développement ou à la prospérité de l'emprunteur. »

ment (58) ; il est lié à la dépréciation monétaire par son origine, mais nous verrons qu'il peut être extrêmement utile en période de stabilité.

155. — Sur le même plan il faut placer la clause d'indexation sur l'activité du débiteur. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'un prêt contracté par un médecin est indexé sur le prix de la consultation. Cette clause va sans doute créer une certaine communauté d'intérêt entre les parties, mais l'opposition créancier-débiteur ne va pas disparaître entièrement. Leur fortune se trouve liée, mais elles restent antagonistes. Cette clause présente néanmoins un grand avantage : elle proportionne la dette du débiteur à ses facultés et renforce ainsi l'*intuitus personæ* du contrat en imposant au créancier un choix plus minutieux de son cocontractant que dans un contrat simple. Or l'*intuitus personæ* repose sur des bases très proches de celles de l'association. Cette clause doit donc être favorisée.

156. — Un degré en dessous se place la clause d'indexation sur l'activité du créancier. Tel est le cas lorsque la rente versée à un boulanger est indexée sur le prix du pain. On y retrouve un *intuitus personæ* très poussé comme dans le cas précédent, mais il n'existe plus de communauté d'intérêt. Le créancier ne va pas bénéficier de l'aide qu'il apporte au débiteur. La clause se justifie cependant, sur le plan de l'équité, si l'on considère que le créancier assure ainsi à la valeur de l'obligation le maintien d'un pouvoir d'achat égal à celui qu'elle aurait eu s'il avait fait fructifier lui-même son bien dans le cadre de son activité. La notion de pouvoir d'achat apparaît pour la première fois à l'état pur dans les relations entre les contractants ; elle reste néanmoins atténuée par l'existence d'un *intuitus personæ* caractérisé.

157. — Ce tempérament ne se retrouve plus dans la clause d'indexation sur le prix d'un bien ou d'un service n'ayant pas de rapport direct avec l'objet de la convention. Cette clause était courante avant 1958 ; le prix d'une denrée de grande consommation était fréquemment retenu alors qu'elle ne présentait aucun rapport avec l'activité des parties ou l'objet de la convention. La notion de pouvoir d'achat demeure alors seule au premier plan des préoccupations des contractants. Mais, outre le fait que toute idée de société est étrangère à cette clause, on peut lui reprocher de ne même pas rendre exactement compte de la dépréciation de la monnaie. En effet, nous l'avons vu, le prix d'un bien quelconque ne varie pas obligatoirement pro-

(58) Ainsi par exemple l'emprunt E.D.F. 1952 était indexé sur le prix du kilowatt-heure (arrêté du 15 octobre 1952) et l'emprunt S.N.C.F. 1953 sur le prix du kilomètre-voyageur de 3^e classe (arrêté du 7 mars 1953).

portionnellement au coût de la vie. De fait, la denrée la plus fréquemment choisie par les parties, dans les clauses de ce genre, a été le blé (59). On peut y voir un souci alimentaire, cette considération avait souvent conduit la jurisprudence à valider ces clauses dont le caractère monétaire n'était pas évident. Elles ne méritaient pas une telle clémence.

158. — Une clause très proche a parfois été prônée. Il s'agit de l'indexation sur un chiffre ne correspondant pas à un prix. Ce sera par exemple la référence à l'indice de la production industrielle en France. Cette clause diffère de la précédente en ce que l'on ne peut lui reprocher un caractère monétaire puisqu'elle se place sur un plan strictement économique. Mais elle encourt toutes les autres critiques qui avaient prévalu contre la clause précédente, tant sur le plan théorique que sur le plan pratique.

159. — Bien plus efficace est la clause d'indexation sur le coût de la vie. Sa forme la plus pure est l'indexation sur les prix de détail (259 articles), mais on peut lui assimiler l'indexation sur les prix de gros (319 articles), le salaire minimum interprofessionnel garanti et le salaire moyen départemental. Elle est, sur le plan monétaire, la seule parfaite, puisqu'elle permet d'assurer de la manière la plus précise la fixité du pouvoir d'achat de la somme due. C'est elle seule qui permet d'assurer la mise en œuvre d'un valorisme intégral. Mais, sur le plan économique, elle est fort critiquable puisque, étant purement monétaire, elle ne permet aucune discrimination, elle n'avantage pas les prêts à la production aux dépens des prêts à la consommation, et enfin risque d'accentuer la dépréciation.

160. — Les clauses valeur-or et de garantie de change, outre ces reproches, en encourent deux particulièrement graves : tout d'abord, elles ne permettent pas de suivre d'une manière suffisante le niveau du coût de la vie ; d'autre part, elle ne tendent pas seulement à créer une monnaie privée, mais encore à introduire une monnaie étrangère dans notre système juridique, ce qui est psychologiquement doublement nuisible (60). La jurisprudence a longtemps prononcé leur nullité (61), certains pays étrangers ont adopté

(59) La jurisprudence en donne de nombreux exemples ; cf. p. ex. : Civ., 30 juin 1959, G.P., 1959.II.198.

(60) Le trib. com. de Bordeaux, 11 décembre 1959, G.P., 1960.II, doct. 70, note L.A. Rabinovitch, a estimé que non seulement les monnaies de paiement étrangères devaient être prohibées, mais aussi les monnaies de compte non françaises. Il a en conséquence annulé une clause, stipulée dans un contrat interne, qui s'appuyait sur des indices de prix établis en Grande-Bretagne.

(61) Cf. ci-dessus, n° 95.

la même position (62). On remarquera cependant que les pouvoirs publics se sont permis par deux fois au cours des dernières années de faire appel à la clause valeur-or (63). Ce sont des impératifs monétaires qui les y ont conduits.

161. — Il semble donc que l'on puisse répartir les clauses d'indexation en trois groupes selon que la notion de société apparaît d'une manière très nette, ne ressort qu'accessoirement, ou fait totalement défaut.

La clause de participation aux bénéfices, la clause d'indexation sur le chiffre d'affaires et la clause d'indexation sur la productivité entrent dans la première catégorie ; toutes trois impliquent une association très poussée entre les contractants.

La clause d'indexation sur le prix d'un bien ou d'un service présentant un rapport direct avec l'objet de la convention et la clause d'indexation sur l'activité du débiteur supposent, elles aussi, mais à un degré moindre, une intention de coopération entre les parties. Elles constituent le second groupe.

Enfin, les clauses d'indexation sur l'activité du créancier, sur le prix d'un bien ne présentant pas un rapport direct avec l'objet de la convention ou l'activité de l'une des parties, sur l'indice du coût de la vie, sur le cours d'un métal précieux et d'une devise étrangère ne constituent que des procédés de lutte contre la dépréciation monétaire, toute idée de société leur est étrangère. Elles entrent dans un troisième groupe.

Les clauses du premier groupe, et même celles du deuxième, vont introduire, dans le contrat où elles sont stipulées, un élément de société ; on peut se demander si, l'ambiance du contrat se trouvant modifiée, sa nature ne va pas l'être dans la même mesure.

§ 2. — L'influence des clauses d'indexation sur les conventions.

162. — En opposant le contrat de société ou d'association aux autres conventions, nous avons pu constater (64) que, sur le plan des principes, la distinction était très nette ; le premier fait naître des obligations mutuelles, les autres des obligations antagonistes.

En règle générale une convention ne comprend que des obligations homogènes relevant, en termes sociologiques, soit du premier type (obligations mutuelles), soit du second (obligations antago-

(62) Tel est le cas des Etats-Unis depuis le « Joint Resolution Act » du 5 juin 1933.

(63) Ce sont les deux emprunts Pinay de 1952 et 1958.

(64) Cf. ci-dessus, n^{os} 140 et 141.

nistes). Or les clauses d'indexation, qui ne peuvent entrer que dans des conventions incluant des obligations du second type, introduisent parfois dans ces conventions des obligations du premier type. Il va, par suite, se produire des interférences entre ces obligations de nature différente. Le bloc des obligations antagonistes va être entamé par un noyau d'obligations mutuelles. Plus la clause d'indexation relèvera de la notion de société, plus la convention s'éloignera des conventions de type normal pour se rapprocher d'un contrat de société.

163. — Une convention créant des obligations de type normal (antagonistes) conservera sa pureté lorsqu'elle sera affectée d'une clause du troisième groupe puisque aucun élément de société ne sera introduit. En revanche, les clauses du deuxième groupe vont juxtaposer des obligations principales et des embryons d'obligations mutuelles. Les effets de ces dernières seront en fait assez limités, ils n'apparaîtront nettement que dans les clauses les plus évoluées de ce groupe, mais ne pourront jamais conduire à orienter la qualification de la convention. Cependant, plus les clauses d'indexation participent de l'idée de société, plus les obligations qu'elles conditionnent tendent à devenir des obligations mutuelles, plus les conventions intéressées se rapprochent d'un contrat de société. Les clauses du premier groupe marquent l'aboutissement de cette évolution. Alors que la clause d'indexation sur la productivité laisse encore prédominer l'élément antagoniste des obligations, la clause de participation aux bénéfices peut faire triompher leur caractère mutuel. De plus, cette clause pouvant révéler, aux yeux de la jurisprudence, une *affectio societatis*, déterminera dans ce cas la qualification de la convention : on sera en présence d'une société.

164. — La clause d'indexation apparaît donc comme un moyen de tempérer la rigueur des obligations de type normal, elle introduit dans la convention un élément d'humanisation. Elle permet, selon l'indice adopté, de doser à volonté obligations de type normal et obligations mutuelles. Elle assure la liaison entre le contrat de société et les autres contrats, les parties ayant ainsi la possibilité de placer leur convention au niveau qui leur paraît le meilleur parmi les situations intermédiaires.

Néanmoins, selon la doctrine classique (65), tant que tous les éléments du contrat de société ne sont pas réunis, la convention conserve tous ses caractères propres sans que l'existence d'obliga-

(65) P. ex. : M.A. FRANÇON, *Les types récents d'obligations dans la société*, R.T.D. Com., 1954, p. 513. A. DECOCQ, *loc. cit.*, n° 7.

tions mutuelles puissent modifier son régime. Cette loi du « tout ou rien », dont les avantages pratiques sont évidents, peut cependant paraître d'une rigueur extrême.

165. — C'est ainsi que M. le Doyen Hamel, étudiant le contrat de prêt d'argent affecté d'une indexation interne, estime que l'obligataire qui bénéficie de cette clause n'est pas un prêteur, mais bien plutôt un associé d'un rang inférieur (66). « Ainsi s'organiserait une construction juridique dans laquelle la société comprendrait des catégories d'associés très diverses et hiérarchisées, depuis l'actionnaire de priorité... jusqu'à l'obligataire » (67). Cette idée est très exacte, elle rend compte de la réalité économique, qui est toute en nuances, beaucoup plus justement que la théorie classique dont la rigidité interdit tout aménagement. On peut seulement reprocher à cet auteur de vouloir limiter cette analyse au droit commercial ; elle est valable en droit civil.

Telle était l'opinion du Doyen Ripert (68). Lui aussi estimait que les obligataires ne sont pas de simples prêteurs, cependant il ne limitait pas son analyse au droit économique, il l'étendait à tout le droit privé.

Mais ces considérations ne font que souligner une tendance, elles ne rendent pas vraiment compte de notre droit positif où la distinction entre le contrat de société et les autres contrats reste très ferme. Tant qu'il n'est pas possible de découvrir une *affectio societatis* on ne peut parler de société. Qu'apportent donc ces clauses au contrat où elles ont été stipulées ?

166. — On peut estimer qu'elles ne font qu'adjoindre au contrat primitif une participation civile ou commerciale (69). Elle créerait en quelque sorte une communauté d'acquêts insérée dans un contrat de séparation d'intérêts. La formule n'est pas nouvelle, elle a fait ses preuves en droit matrimonial où la séparation de biens est fréquemment tempérée par une communauté d'acquêts. Ses avan-

(66) J. HAMEL, *Les formules nouvelles de financement par appel au public*, D. 1952, doct., 161 : « ne conviendrait-il pas d'admettre... que les obligataires constituent dans la société emprunteuse, une catégorie particulière d'associés ? ».

(67) J. HAMEL, *Cours de droit commercial*, licence 3^e année, 1956-1957, p. 282.

(68) G. RIPERT, *La rémunération apportée à l'entreprise*, Cahiers économiques, octobre 1952.

(69) Si la participation commerciale est reconnue par la loi, il n'en est pas de même de la participation civile qui n'est consacrée par aucun texte. Elle est cependant admise par les auteurs. En ce sens : G. RIPERT et J. BOU-LANGER, *op. cit.*, T. III, Paris, 1958, p. 713 : « On peut admettre l'existence de participations civiles, mais il serait difficile d'en trouver des exemples, car une stipulation de participation aux bénéfices est toujours jointe à un autre acte qui la domine. »

tages sont indéniables ; créant une communauté partielle d'intérêt entre les parties, elle tend à faciliter leurs rapports. De plus, la participation aux résultats de la gestion de l'entreprise suppose une certaine participation à la gestion elle-même (70) ; l'intéressement peut conduire à la coopération.

Plus la clause reflète la notion de société, plus la participation prend d'importance dans le contrat ; à la limite, elle peut devenir déterminante pour la qualification du contrat, englober les autres clauses et faire de la convention une société.

On comprend dès lors que le sort fait aux clauses d'indexation ne puisse être unique, leur variété est trop grande. Les clauses du premier groupe ne sauraient être placées sur le même plan que celles du troisième. Alors que celles-ci ne se développent qu'en période de dépréciation monétaire, celles-là peuvent être utiles en toutes circonstances ; on ne saurait donc les interdire. C'est en ce sens que s'est prononcé l'ordonnance de février 1959. Nous avons cerné cette solution lors de la première approche, il ne nous reste plus qu'à affiner son examen.

III. — L'INDEXATION INTERNE ET LES ORDONNANCES DE 1958 ET 1959

167. — Rappelons en premier lieu les termes de l'ordonnance :

« Dans les nouvelles dispositions statutaires ou conventionnelles, ..., sont interdites toutes clauses prévoyant des indexations fondées sur le S.M.I.G., sur le niveau général des prix et des salaires, ou sur les prix de biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties. »

Une remarque s'impose : ce texte ne vise pas tous les types de clauses, il n'en retient que quatre. Pour elles, la solution est certaine, mais que doit-on décider pour les autres ? Faut-il dire que toutes les clauses non interdites sont valables ? Il ne le semble pas. Reprenons les clauses dans l'ordre que nous avons déterminé.

168. — Celles du premier groupe, où la notion de société est très marquée, bien que non visées, ne prêtent pas à discussion. Elles sont incontestablement licites. Les commentateurs s'accordent à le recon-

(70) C'est pourquoi, par exemple, l'Ordre national des pharmaciens s'est élevé contre « toutes les combinaisons... dans lesquelles le pharmacien diplômé n'est pas maître absolu de l'officine... et où la liberté d'action peut être entravée dans une mesure quelconque par une intervention intéressée ». Sur ce point cf. Paris (11^e Ch. corr.), 15 janvier 1960, G.P., 1960.I.141.

naître (71). Leur validité avait toujours été prononcée; il est incontestable que l'ordonnance, en autorisant des clauses plus douteuses, les a implicitement admises. Leur utilité est d'ailleurs telle que l'on ne pourrait les interdire sans nuire gravement au crédit.

169. — Les clauses du second groupe ne posent guère plus de problèmes car elles sont visées *a contrario* par l'ordonnance ; bien plus, elles sont toutes deux reconnues valables. La solution se justifie si l'on retient comme base la notion d'association. La clause d'indexation sur le prix d'un bien ou service ayant une relation directe avec l'objet de la convention présente en effet, quoique cela ait été mis en doute (72), un lien certain avec la notion de société. Elle a d'ailleurs été liée par les auteurs aux clauses du premier groupe sous la qualification commune d'indexation interne (73).

170. — Les clauses du troisième groupe, en revanche, soulèvent quelques difficultés. Elles auraient dû être condamnées sans restrictions, or il n'en a rien été. Une a été reconnue valable, deux ont été expressément prohibées, une n'a pas été envisagée, du moins de manière directe.

La clause d'indexation sur l'activité du créancier a été reconnue valable. Nous avons vu que cela peut se justifier par référence à la notion d'*intuitus personæ* et par le fait que cette clause assure à ce dernier des revenus égaux en pouvoir d'achat à ceux qu'il aurait pu obtenir par une gestion personnelle. Mais, outre que cette clause est pratiquement contestable puisqu'elle peut devenir inefficace tout à la fois si les revenus du débiteur ou du créancier décroissent (74), son admission est théoriquement critiquable en raison de ce qu'elle constitue une brèche dans la ligne de défense contre l'indexation généralisée comme ne relevant pas de la notion d'indexation interne. L'effet inflationniste de cette clause n'étant pas douteux, la reconnaissance de sa validité semble donc fort regrettable.

(71) En ce sens M. VASSEUR, *Le droit de la réforme des structures industrielles et des économies régionales*, Paris, 1959, p. 183 : « En autorisant par arrêté du 2 janvier 1959 (J.O., p. 329) la Régie Renault à émettre des obligations destinées à faire participer les souscripteurs à l'augmentation du chiffre d'affaires de la Régie, le Ministre des Finances s'est prononcé implicitement en ce sens. »

(72) M. VASSEUR, *Travaux de l'association Henri Capitant*, T. VIII, p. 160 (p. 181) : « La clause qui se réfère au prix du produit de base vendu par l'entreprise semble déformer à l'extrême l'idée de société. »

(73) Notamment : J. HAMEL, *Cour de droit commercial*, licence 3^e année, 1956-1957, p. 282 et suiv.

(74) En ce sens : J. CARBONNIER, R.T.D.C., 1953, p. 348, n° 8 : « Il y a deux critères concevables : les besoins des créanciers ou les facultés des débiteurs. On peut discuter lequel est le plus équitable. Mais le plus pratique est le second, car à l'échéance, quoique l'on ait stipulé, il faudra bien en venir à tenir compte de la capacité de paiement. »

171. — Clauses d'indexation sur un prix non spécifique et clause d'indexation sur le coût de la vie (75) étant expressément prohibées, aucun problème ne semblerait devoir apparaître. Cependant, certains auteurs ayant imaginé des clauses d'indexation sur un chiffre ne correspondant pas à un prix en affirment la légalité au motif qu'elles ne présentent pas un caractère monétaire (76). C'est oublier que le critère actuel de validité est l'indexation interne et non plus l'intention monétaire ou non monétaire des contractants. Or ces clauses sont, à cet égard, assimilables à des clauses d'indexation sur le prix d'un produit ou service. Elles ne peuvent donc être tenues pour valables que si elles correspondent à une indexation interne.

172. — Reste enfin la question de la licéité des clauses valeur-or ou monnaie étrangère qui se trouve de nouveau posée. Certains auteurs ont estimé qu'il conviendrait de lui donner une réponse positive. On a proposé de considérer comme valables les clauses valeur-or puisque la théorie étatique est écartée (77) et les clauses valeur-monnaie étrangère en raison de la modification de la notion de cours forcé (78). Mais il n'est pas possible de retenir cette conception : le critère de l'indexation interne l'exclut certainement (79). Aucune clause reflète moins l'idée de société que celles-ci, cette considération à elle seule justifie la prohibition de ces clauses. On peut néanmoins admettre les clauses valeur-or dans le cas où l'or est pris en considération en tant que marchandise et qu'il est en relation directe avec l'objet de la convention ou l'activité de l'une des parties (par exemple au cas où le débiteur est un bijoutier).

173. — On remarque ainsi que les clauses visées par l'ordonnance et qui se trouvent toutes au milieu du tableau de l'échelle des clauses,

(75) Rappelons que l'article 14 classe sous la rubrique « coût de la vie » les clauses d'indexation sur le S.M.I.G. et les clauses d'indexation sur le niveau général des prix ou des salaires. La Cour d'Amiens, le 28 juillet 1961 (J.C.P., 1961.II.12299), a fort justement considéré que constitue une clause de ce type la clause d'indexation sur la retraite des cadres textiles. Cet indice varie en effet proportionnellement avec le niveau général des salaires puisque la retraite considérée est fonction de la rémunération de l'ensemble des cadres.

(76) En ce sens : Revue fiduciaire, juin 1959, p. 5 et suiv. G. DEPALENS, *Gestion financière de l'entreprise*, Paris, 1960, p. 313 : « Rien n'empêche d'établir des indexations basées sur la production industrielle ou le commerce extérieur... De même peut-on établir des indexations quantitatives sur la production du blé, du fer... »

(77) En ce sens : P. ESMEIN, *loc. cit.*, G.P., 1959.I.18, 33.

(78) En ce sens : L. ANSELME-RABINOVITCH, note sous Cass. civ., 12 janvier 1960, R.C.D.I.P., 1960, 573 : « La renonciation au principe de la stabilité du franc ne devrait-elle pas entraîner la levée de la prohibition des indexations sur le cours du change ? ».

(79) Pour la nullité de ces clauses : J.-Ph. LÉVY, *loc. cit.*, J.C.P., 1959.I.1472, n° 29. De même : FAU et DEBEAURAIN, *Indexations prohibées, indexations permises*, Ann. Loy., 1959, n° 25.

CLASSEMENT ET VALIDITE

DES DIFFERENTS TYPES DE CLAUSES D'INDEXATION

1 ^{er} groupe	1° Clause d'indexation sur les bénéfices.	Clauses autorisées
	2° Clause d'indexation sur le chiffre d'affaires.	
	3° Clause d'indexation sur la productivité.	
2 ^e groupe	4° Clause d'indexation sur le prix d'un bien ou service en rapport direct avec l'objet de la convention.	
	5° Clause d'indexation sur l'activité du débiteur.	
	6° Clause d'indexation sur l'activité du créancier.	
3 ^e groupe	7° Clause d'indexation sur le prix d'un bien ou service sans rapport direct avec l'objet de la convention.	
	8° Clause d'indexation sur le coût de la vie.	
	9° Clause d'indexation sur la valeur de l'or ou d'une monnaie étrangère.	Clauses prohibées

Note 1 : Ne pas oublier que ce tableau ne vaut que sous le régime des ordonnances de 1958 et 1959.

Note 2 : Même sous ce régime toute clause d'indexation insérée dans une convention constatant une dette d'aliénations est valable (*infra* n° 248 et s.).

Note 3 : Pour l'application de ces principes aux principales conventions, voir *infra* n°s 232 à 247.

Note 4 : A noter enfin que les clauses denrée-nature sont valables sans restriction mais que les clauses or ou monnaie étrangère sont nulles.

marquent le niveau à partir duquel les clauses sont valables. Celles qui se trouvent à un niveau plus élevé sont autorisées, alors que celles qui se placent à un degré inférieur sont prohibées. Seules les clauses du troisième groupe apparaissent ainsi interdites, sous la réserve critiquable de l'indexation sur l'activité du créancier.

Les particuliers se voient ainsi reconnaître une grande liberté de choix. Un large éventail de clauses leur est proposé. Le droit de déterminer leur propre monnaie de compte leur est largement reconnu. Leur liberté contractuelle n'apparaît donc pas gravement atteinte. C'est là, sinon le triomphe, puisqu'il y a des restrictions, du moins une grande victoire du valorisme. Cette victoire est d'autant plus remarquable que depuis la première guerre mondiale jusqu'en 1957 le nominalisme semblait devoir l'emporter.

Son importance est même telle que l'on peut se demander si elle ne doit pas conduire à examiner sous un nouveau jour la place de l'indexation dans le système monétaire français. A tout le moins il ne saurait faire de doute que les ordonnances de 1958 et 1959 ont eu une importance capitale sur ce système.

CHAPITRE 3

L'indexation et le système monétaire français.

174. — Depuis 1957, et même à certains égards depuis 1942, la jurisprudence, consciente des nécessités économiques qui ont été à l'origine des ordonnances de 1958 et 1959, avait tenté de limiter le champ d'application du nominalisme. La réforme de l'indexation est venue confirmer, en l'orientant, cette tendance. Bien plus, des textes parallèles à ces ordonnances, quoique de moindre importance pratique, ont complété cette évolution et permettent de mieux en saisir la portée. Tous ont orienté dans le même sens la théorie de la monnaie en droit positif. On peut dès lors se demander si, par voie de conséquence, le régime des paiements n'a pas été lui aussi profondément modifié par ces réformes.

I. — LES TEXTES MONÉTAIRES RECENTS ET LA THÉORIE DE LA MONNAIE

175. — Nous avons vu (1) que trois théories monétaires sont en concurrence : la théorie métalliste, la théorie étatique et la théorie psycho-sociologique. Des trois, la première ne peut plus être soutenue de nos jours, en droit interne tout au moins, puisque les espèces ne sont plus constituées de métal précieux ; mais les deux autres ont leurs partisans. Les juristes, estimant que le législateur l'a consacrée, retiennent généralement la théorie étatique. Les économistes, en revanche, considèrent que la théorie psycho-sociologique

(1) Cf. ci-dessus, n° 15 et suiv.

répond seule à la véritable nature de la monnaie. Afin de rechercher laquelle des deux inspire actuellement les pouvoirs publics il convient d'examiner quelles mesures ont été prises relativement aux trois fonctions de la monnaie.

176. — L'une ne présente d'ailleurs guère d'intérêt, bien qu'elle soit toujours citée la première : la fonction d'instrument de paiement. Dans ce cas, en effet, la monnaie ne jouant aucun rôle dans le temps, son action n'a pas été atteinte par la dépréciation monétaire et elle n'a pas eu à être protégée. Les règles classiques demeurent donc valables.

Il est incontestable que cours légal et cours forcé imposent que tout paiement, fait sur le territoire français, soit effectué en francs français. Aucune disposition récente n'a porté atteinte à ce principe qui reste par suite entier. La jurisprudence l'a du reste constamment rappelé (2). Ainsi, dans l'important arrêt du 4 décembre 1962 (3) par lequel la Cour de cassation a reconnu la validité des clauses valeur-or sous le régime de l'article 1895 du C. civ., il a été expressément relevé que cette clause n'oblige pas les débiteurs à payer en or et leur permet de se libérer en billets de la Banque de France.

Au demeurant, bien que cette fonction de la monnaie ait paru à certains auteurs être la plus importante (4), elle nous semble d'intérêt secondaire relativement aux théories monétaires : pour une monnaie de paiement, la question de la valeur est accessoire ; or c'est précisément la notion de valeur qui est au centre du problème de la nature de la monnaie. On peut parfaitement reconnaître à l'Etat le droit d'émettre des signes monétaires ayant seuls pouvoir libératoire sans pour autant lui laisser la possibilité de leur imposer une valeur (5). Si le franc papier reste la seule monnaie légale, cela n'implique pas que les pouvoirs publics entendent maintenir la fiction de son immutabilité. L'existence d'une monnaie légale n'est pas incompatible avec la reconnaissance de la théorie psycho-sociologique ; elle ne postule pas l'adoption de la théorie étatique. Ce sont les mesures prises en ce qui concerne les fonctions de la monnaie dans le temps qui peuvent seules servir d'indications.

§ 1. — Le franc, instrument d'évaluation.

Cette fonction pose à l'état pur un problème de valeur. Ayant été très touchée par la dépréciation monétaire, elle a été au centre des

(2) Par exemple : Besançon, 14 mai 1959, S. 1960.20.

(3) Ci-dessous, n° 201.

(4) En ce sens : F.A. MANN, *op. cit.*

(5) Cf. ci-dessus, n° 17.

discussions monétaires avant 1958. La question se présentait sous deux aspects : elle avait trait, soit au choix d'une monnaie de compte, soit à la détermination de la date d'évaluation. Un texte est venu régler chacun de ces points.

A. — LE CHOIX D'UNE MONNAIE DE COMPTE.

177. — La référence retenue dans la clause d'indexation joue le rôle de monnaie de compte ; la monnaie légale est alors réduite à sa fonction de monnaie de paiement. « Toute clause d'indexation tend à créer une monnaie privée dont le souverain n'est plus maître » (6). Il est bien évident qu'un tel effet ne peut être admis dans le cadre de la théorie étatique puisqu'il revient à retirer à l'Etat la plus grande partie de ses prérogatives monétaires et à les transférer aux particuliers ; la monnaie de compte importe plus en effet que la monnaie de paiement. En revanche, l'indexation est parfaitement dans l'esprit de la théorie psycho-sociologique puisqu'elle laisse l'initiative monétaire aux contractants.

Or, l'ordonnance du 30 décembre 1958, modifiée par l'ordonnance du 4 février 1959, elle-même complétée par la loi du 13 juillet 1963 encore plus libérale, a admis la pratique de l'indexation ; elle a très largement reconnu aux contractants le droit de choisir leur propre monnaie de compte.

Ces textes marquent incontestablement un renoncement des pouvoirs publics aux prérogatives que leur reconnaît la théorie étatique. Mais il est vrai qu'une prohibition générale n'ayant aucune chance de succès (7), le plus sage était sans doute de laisser une certaine initiative aux particuliers.

Désireux de rétablir la stabilité monétaire, le Gouvernement a dû renoncer à agir par voie autoritaire ; il a dû chercher à gagner la confiance des particuliers en leur abandonnant une partie des pouvoirs qu'il s'était imprudemment reconnus. Il n'a pu maintenir l'application de la théorie étatique dans toute sa pureté. Cette évolution apparaît dans toutes les mesures monétaires prises.

(6) J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 26. En ce sens : H. GUITTON, *loc. cit.*, *Rev. Eco.*, 1955, p. 187. A. BESSON, conclusions cit. : « Ces clauses, sans contester ouvertement à la monnaie légale sa qualité de monnaie de paiement, lui refusent celle de monnaie de compte. »

(7) En ce sens : F.A. MANN, *op. cit.*, p. 133 : « It is a curious fact that no legislator, however wide he tried to cast his net, has ever succeeded in eliminating protective clauses altogether ». On ne saurait en réalité être surpris par cette constatation ; elle montre seulement, ce que nous savions déjà, que l'Etat n'est pas le maître absolu de la monnaie.

B. — LA DÉTERMINATION DE LA DATE D'ÉVALUATION.

178. — Selon les principes de la théorie étatique, il n'y a pas là matière à discussion : c'est à la date de l'événement considéré qu'il convient de se placer. La dépréciation monétaire, non reconnue officiellement, ne saurait être prise en considération.

Nous avons vu comment les tribunaux s'étaient élevés contre ce principe devenu insoutenable par suite de l'ampleur de la dépréciation ; cette jurisprudence a été confirmée, en matière de biens, par la loi n° 60-464 du 17 mai 1960 (8), qui a modifié les articles 548, 549, 554, 556, 570, 572, 574, 616, 658, 660 et 661 du Code civil. Elle a dans tous ces cas substitué au principe de l'évaluation du bien au jour de l'agissement incriminé, celui de son évaluation au jour de la restitution ou du paiement de l'indemnité.

On peut se demander si cette loi, générale quant au droit des biens, peut encore être entendue d'une manière plus large, si elle pose en principe que la charge de la dépréciation monétaire doit reposer sur celle des parties qui est la plus apte à la supporter, soit qu'elle ait entre les mains un bien dont la valeur réelle n'a pas varié, soit qu'elle ait eu à sa disposition une somme d'argent qu'il lui était loisible de faire fructifier, soit enfin qu'elle ait eu à verser une rente, laquelle doit légitimement varier avec ses propres ressources.

179. — M. le Professeur Esmein le pense : « Les dispositions de la loi commentée sont assez nombreuses pour qu'on puisse considérer qu'elles impliquent l'existence dans l'esprit du législateur, d'une règle générale d'après laquelle les indemnités dues pour enrichissement sans cause légitime doivent être évaluées en se plaçant au moment où l'indemnité doit être versée, ou à un moment proche » (9).

M. le Doyen Goré, en revanche, n'admet pas cette extension de la loi du 17 mai 1960 à l'enrichissement sans cause. « Les textes en question visent le droit d'accession... les constructions et plantations... la mitoyenneté. Mais la réforme laisse intacts divers articles

(8) Pour une analyse complète de cette loi, cf. BIZIÈRE, J.C.P., 1961.I.1602. J. VIATTE, Jour. Not., 1960, 401 (art. 46-186).

(9) P. ESMEIN, *L'évaluation de l'indemnité due à l'occasion de certaines acquisitions ou restitutions de biens*, G.P., 1960.II, doct. 1. Cf. aussi la note de cet auteur sous Civ., 18 janvier 1960, D. 1960.753. En ce sens : J. NOIREL, *loc. cit.*, p. 79, note 15 : « Bien qu'elle ne concerne pas le droit des contrats, cette loi nous semble très importante en ce qu'elle paraît indiquer une évolution du législateur vers le réalisme monétaire. »

relatifs aux réparations et améliorations proprement dites (articles 861, 862, 1673, 1381, 1947, 2175 du Code civil). Or, la théorie des impenses est une application générale de l'enrichissement sans cause » (10).

En dépit de cette réserve, il nous semble que cette loi se réfère bien à un principe général (11) : elle est trop dans la ligne ancienne de la jurisprudence pour n'en être pas la confirmation. La promulgation de la loi du 19 décembre 1961, modifiant l'article 832 du Code civil, qui impose l'évaluation du bien attribué au jour du partage, relève du reste elle aussi de la même conception.

Or, ce principe de l'évaluation à la date la plus proche du paiement « est inverse de celui qui s'attache au principe nominaliste » (12) et à la théorie étatique. Il relève incontestablement des conceptions de la théorie psycho-sociologique de la monnaie.

Liés aux ordonnances relatives aux clauses d'indexation, ces textes marquent une étape importante dans l'évolution de notre droit monétaire en consacrant l'incapacité de notre unité monétaire à remplir son rôle dans le temps. Cela se vérifie aussi bien sur le plan de l'évaluation que sur celui de la réserve de valeur.

§ 2. — Le franc, réservoir de valeur.

180. — La théorie étatique conduit, sur ce point, à interdire aux particuliers de se tourner vers des biens autres que la monnaie légale. Les lois du 1er octobre 1936 et du 10 mars 1937 l'ont appliqué de la manière la plus claire. Elles ont interdit le commerce des métaux précieux, essentiellement celui de l'or. Elles ont entendu empêcher que, pour cette fonction, ce métal ne supplante la monnaie-papier.

Mais ces lois étaient trop contraires à la volonté générale ; elles ne purent supprimer les transactions sur les métaux précieux. Le marché de l'or devint clandestin, mais resta actif. Son échec incita le Gouvernement à réglementer une pratique qu'il était évidemment impuissant à interdire. Ramenant l'or au rang de marchandise, il en a autorisé le marché libre par la loi du 7 février 1948.

(10) Note sous Civ., 18 janvier 1960, J.C.P., 1961.II.11994.

(11) En ce sens : J. VIATTE, *Modifications aux règles de l'indemnisation en matière d'accession, d'usufruit et de mitoyenneté*, Jour. Not., 1960, art. 46.186 : « Il faut souhaiter que les tribunaux, si soucieux des conséquences des variations économiques et qui n'ont pas hésité à faire preuve de hardiesse pour pallier les inégalités qui en découlent, trouvent dans le nouveau texte un encouragement à assurer dans tous les cas une indemnisation qui tienne compte de la diminution du pouvoir d'achat de la monnaie. »

(12) J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 21.

Il n'a plus dès lors été interdit aux particuliers de se tourner vers un métal qui constituait à leurs yeux la seule véritable monnaie. Certains auteurs avaient cru pouvoir conclure de ce texte à un retour à la théorie métalliste ; leur conclusion était erronée (13). Le législateur n'a pas entendu en effet rétablir l'or au rang de la monnaie ; il a seulement cherché à satisfaire un besoin impérieux. S'il a réhabilité l'or, c'est dans le but de mettre fin à une hypocrisie, de sanctionner un état de fait nécessaire. Il a voulu rétablir un climat favorable, un climat de confiance.

181. — Tel a été aussi le sens du décret du 22 décembre 1959 qui, nous l'avons vu (14), a décidé la frappe des pièces d'argent. Ces pièces ne constituent ni une monnaie de billon car leur valeur réelle est importante, ni une véritable monnaie métallique car leur valeur intrinsèque est très inférieure à leur valeur nominale. En fait, la fin poursuivie a été sans aucun doute de rétablir la confiance dans la monnaie légale. Mais, en agissant ainsi, les pouvoirs publics n'ont-ils pas reconnu implicitement que la volonté des particuliers était primordiale ? Obligés de composer, n'ont-ils pas montré qu'ils n'avaient pas la puissance absolue que certains auteurs leur prêtaient un peu rapidement ?

Il apparaît ainsi que la théorie étatique a lentement perdu de sa rigueur et que, du jour où l'on a entendu rétablir la stabilité monétaire, il a été nécessaire de se tourner vers la théorie psychosociologique. Elle seule rend en effet exactement compte de la véritable nature de la monnaie, elle seule permet une politique monétaire cohérente.

Sans doute implique-t-elle un abandon partiel par l'Etat des prérogatives monétaires qu'il avait acquises en 1936 et 1937, mais ces prérogatives n'ayant été bien souvent qu'apparentes, on ne peut dire réellement qu'il s'agisse là d'un recul. De plus, cette tendance correspond à l'évolution actuelle de l'idée que l'on se fait des droits et obligations de l'Etat. Elle répond au renouveau des thèses libérales consacré par le Traité de Rome et préconisé par le premier Rapport Rueff.

L'adoption par les pouvoirs publics de cette nouvelle théorie monétaire bouleverse les notions jusqu'alors admises en ce qui concerne la valeur de la monnaie, donc en ce qui concerne sa nature. Cette évolution doit influencer sur le régime des paiements.

(13) En ce sens : P. BESSE, *op. cit.*, p. 24.

(14) Cf. ci-dessus, n° 25.

II. — INFLUENCE DES TEXTES MONÉTAIRES RECENTS SUR LE RÉGIME DES PAIEMENTS

182. — A la théorie étatique correspond le nominalisme, à la théorie psycho-sociologique répond le valorisme, valorisme reposant sur la notion de pouvoir d'achat. Si l'on considère que l'Etat est le maître de la valeur de la monnaie, on est conduit à ne prendre en considération les variations de sa valeur que lorsqu'elles ont été reconnues par lui par le biais d'une modification de sa valeur nominale. Bien au contraire, lorsque l'on admet que la valeur de la monnaie est déterminée par les réactions des particuliers, on doit conclure que ceux-ci peuvent librement tenir compte de ces fluctuations. La théorie étatique ayant été écartée par le législateur, le nominalisme, tout au moins dans sa forme la plus absolue, doit l'être aussi ; la théorie psycho-sociologique ayant été consacrée, le valorisme doit l'être aussi.

183. — Par suite de l'ampleur de la dépréciation, le nominalisme avait d'ailleurs paru anachronique à de nombreux auteurs. Ainsi, pour M. le Professeur Hebraud, « le nominalisme devient une simple ignorance du phénomène économique, ou une impuissance à le régir » (15). MM. les Professeurs Henri et Léon Mazeaud et André Tunc ont, eux aussi, conclu en ce sens : « Cette théorie nominaliste de la monnaie est tellement fictive que les tribunaux et le législateur lui-même l'ont fait céder sur de très nombreux points. Dans l'état actuel des choses, elle est probablement peu utile. Il faudrait sans doute, soit la restaurer, soit l'abandonner » (16).

La raison de cette évolution de la doctrine doit être cherchée dans ce fait que la dépréciation, loin d'être un état temporaire, apparaît aujourd'hui comme un nouveau mode de vie économique. Une adaptation du droit répondant à cette évolution s'avère nécessaire. « Le nominalisme convient aux périodes de stabilité monétaire et le réalisme aux périodes d'instabilité » (17).

(15) P. HÉBRAUD, *L'instabilité monétaire et les règlements d'intérêt familiaux*, *Mélanges Ripert*, p. 499 (p. 500).

(16) H.L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, T. I, p. 284, n° 221-2.

(17) M. VASSEUR, *loc. cit.*, *Rev. Eco.*, 1955, p. 275 (p. 318). En ce sens, J. NOIREL, *loc. cit.*, n° 24 : « Le nominalisme est un non-sens en période d'instabilité monétaire et l'on ne saurait le défendre en s'appuyant sur des textes prévus pour de tout autres circonstances ». Il faut d'ailleurs remarquer avec M. le Professeur CARBONNIER (Introduction à l'ouvrage collectif dirigé par M. Paul DURAND, cité) que tous les auteurs des articles de cet ouvrage ont opté en faveur du valorisme.

184. — Si le nominalisme paraît ébranlé, ce n'est pas tant parce qu'il est impuissant à donner une solution satisfaisante aux problèmes posés par la dépréciation monétaire que parce qu'il repose sur une base fausse. Il est erroné de considérer que l'objet d'une dette d'argent est son montant nominal. Savigny l'avait dégagé de la manière la plus claire (18). « La valeur courante (19) est la véritable mesure pour déterminer le montant d'une dette d'argent ; c'est là une conséquence immédiate qui découle de la nature de la monnaie ». Il faut, en effet, pour déterminer l'objet d'une dette d'argent, s'interroger en tout premier lieu sur la nature de la monnaie ; or, nous l'avons vu, cette nature, c'est sa valeur marchande. Ce que le débiteur devra donc payer, c'est le montant de cette valeur et non celui de la valeur nominale, encore moins celui de la valeur intrinsèque.

Il est remarquable que Savigny ait dégagé ces principes à une époque où la science économique n'avait pas encore acquis sa pleine maturité et où la majorité des auteurs suivait une voie tout opposée. Il s'excusait de l'originalité de ses vues en ces termes :

« J'en cherche la cause moins dans une différence fondamentale des idées juridiques, que dans cette circonstance que la plupart des écrivains ont négligé de se faire une idée bien saisissante et bien ordonnée de l'objet des règles de droit qu'ils avait à exposer, et, par conséquent, du côté non juridique du système monétaire (20).

185. — Néanmoins, il éprouve quelque scrupule à écarter le principe nominaliste au profit d'un valorisme fondé sur la valeur marchande de la monnaie. Il craint en effet que cette règle ne conduise à des difficultés d'application considérables pour cette raison que la valeur courante, variable selon les lieux et les temps, est délicate à déterminer et conduit à une certaine insécurité de par son imprécision (21).

Ces considérations ont perdu de leur valeur de nos jours. Tout d'abord le progrès de la statistique a permis de connaître d'une manière fort satisfaisante pour l'ensemble du territoire national, la valeur marchande à tout moment. D'autre part, on ne saurait douter que, en période d'inflation tout au moins, la valeur marchande assure une plus grande sécurité que la valeur nominale depuis qu'elle peut être calculée d'une manière simple et ne prêtant pas à controverse.

(18) SAVIGNY, *op. cit.*, p. 64.

(19) Les auteurs parlent indifféremment de valeur marchande, valeur courante ou valeur commerciale.

(20) SAVIGNY, *op. cit.*, p. 97.

(21) SAVIGNY, *op. cit.*, p. 37.

On ne peut donc écarter le recours à la valeur marchande pour des raisons purement techniques ; il faut se tenir à cette notion qui répond à la nature véritable de la monnaie. Cela est d'autant plus nécessaire que l'avènement de la théorie psycho-sociologique conduit à s'y référer et à écarter le nominalisme en tant que principe.

186. — Il faut cependant se garder d'aller trop loin en ce sens. Sans doute le valorisme a-t-il acquis une consécration légale, mais on ne peut pas dire pour autant que le nominalisme ait perdu toute utilité. De même que celui-ci n'avait jamais été appliqué sans restrictions, celui-là ne saurait avoir un domaine illimité. Une conciliation entre ces deux conceptions extrêmes est toujours nécessaire ; mais alors que jusqu'à présent les auteurs partaient d'un principe nominaliste il convient maintenant de retenir comme base le valorisme, tout en recherchant la place qui peut être faite au nominalisme.

187. — Un premier point est certain ; il est bon de conserver le nominalisme dans la mesure où il présente l'avantage de simplifier les relations juridiques sans pour autant nuire aux intérêts des particuliers. Ainsi, les rapports de droit qui n'incluent pas un élément de temps appréciable doivent lui être soumis, puisque, dans ce cas, valeur nominale et valeur marchande ne diffèrent guère. Tel était d'ailleurs, dans l'esprit de ses rédacteurs, le sens de l'article 1895 du Code civil (22).

188. — A l'inverse, il est bien évident qu'un valorisme général et automatique, même limité aux obligations à long terme, ne peut être retenu. On en relève bien quelques exemples dans notre droit, mais il ne s'agit que d'exceptions. Citons essentiellement la détermination du prix des baux ruraux et le calcul du S.M.I.G. ; mais signalons aussi, car elle est révélatrice de la nouvelle tendance du législateur, la loi du 19 décembre 1961 (23) modifiant l'article 832 du Code civil, qui admet la valorisation automatique des soultes accordées aux cohéritiers en application de cet article. Ce type de valorisme paraît bien ne pouvoir être mis en œuvre que par le législateur.

Il en va de même des revalorisations. Ce sont les pouvoirs publics qui sont intervenus en matière de rentes viagères (24) et de

(22) Cf. ci-dessus, n° 66.

(23) Loi n° 61.1378 du 19 décembre 1961, *J.O.*, 20 décembre 1961. Sur ce texte cf. ci-dessous, n° 270.

(24) Par exemple : loi n° 59-1484 du 28 décembre 1959 (*J.O.*, 29 décembre 1959). Sur ce point cf. BÉCHADE, *loc. cit.*

bilans (25). Si, dans ce cas, les tribunaux ne peuvent agir, c'est qu'ils se heurtent à un obstacle toujours insurmontable : le respect de la force obligatoire des conventions. Le valorisme judiciaire est limité par le valorisme contractuel.

§ 1. — Le valorisme contractuel.

189. — On ne saurait douter de la consécration du valorisme contractuel, l'article 14 de l'ordonnance du 4 février 1959 en reconnaît officiellement la licéité. S'il l'oriente dans le sens que nous avons déterminé, c'est d'une manière positive et non négative. En fait, les restrictions apportées à la liberté des particuliers sont faibles, elles ne portent pas atteinte au principe.

Les contractants peuvent s'entendre soit pour choisir une monnaie de compte, soit pour retarder la date d'évaluation d'un bien ou d'un service. Mais, en réalité, il n'y a pas là deux questions distinctes ; cette dernière clause produit un effet semblable à celui d'une clause d'indexation sur la valeur de ce bien ou de ce service. De toute manière, on est ramené à un problème de monnaie de compte. Une seule chose doit être notée : le report de la date d'évaluation est toujours valable car il constitue obligatoirement une clause d'indexation licite ; en effet, l'indice est, par hypothèse, le bien ou le service objet de la convention.

190. — Autoriser les particuliers à stipuler une clause d'indexation revient à leur permettre de se tourner vers la valeur marchande, ou vers une valeur marchande approchée, de la monnaie. Lorsque les parties rédigent leur convention, elles doivent opter entre valeur nominale et valeur marchande. Dans le premier cas, l'obligation monétaire est exprimée sous la forme : dette = 100 ; dans le second, elle l'est sous la forme : dette = $100 \times a$ (a étant l'indice retenu comme monnaie de compte, 100 ne constituant que le rapport entre la valeur de l'objet du contrat et celle de l'indice retenu). Chacune de ces possibilités d'option doit être étudiée séparément.

A) LE CHOIX DE LA VALEUR NOMINALE (CONDAMNATION DE L'IMPRÉVISION).

191. — Lorsque, dans une convention ou dans quelque autre acte juridique, il a été stipulé que la somme à payer serait d'un certain montant sans que le nombre indiqué soit affecté d'un indice, c'est que le rédacteur s'est référé à la valeur nominale de la mon-

(25) Décret n° 60-243 du 19 mars 1960 (*J.O.*, 20 mars 1960) et le tableau annexe. Sur ce point cf. A. DECOCQ, *loc. cit.*, n°s 17 et 18.

naie. Le paiement devra être fait en considération de cette valeur sans que les parties puissent invoquer les variations de la valeur réelle de la monnaie légale. Elles avaient un choix à opérer ; dès lors qu'il a été effectué il n'est plus possible à l'une des parties de demander l'application de la valeur marchande.

Cette irrévocabilité du choix est imposée par l'article 1134 du Code civil. Puisque le régime des paiements n'est plus réglé d'une manière impérative par la loi (26) et que les parties peuvent opter en faveur de celui qui leur paraît le plus adéquat, c'est que les règles nouvelles ne sont que supplétives. Mais dès lors que les parties ont retenu l'un des régimes qui leur est proposé, celui-ci s'impose à elles ; il n'est pas permis aux tribunaux d'intervenir. Seul le législateur pourrait le faire, sans d'ailleurs que l'on puisse reconnaître ce pouvoir au Gouvernement puisqu'il s'agit en l'espèce d'un principe général du droit des obligations (27). Mais il est bien évident que les parties peuvent, de leur consentement mutuel, décider un changement de régime ; il leur est loisible de défaire ce qu'elles ont fait (28).

192. — Cette règle a le grand avantage d'assurer la sécurité des relations contractuelles, mais on peut craindre que ce soit au détriment de l'équité. Ne convient-il pas d'apporter des limites à ce principe ? Ne serait-il pas juste de permettre aux juges de décharger l'une des parties des obligations qu'elle a pu souscrire alors que les variations monétaires ne pouvaient être prévues, que la valeur nominale ne différerait pas de la valeur marchande, qu'un choix entre les deux n'apparaissait pas nécessaire ? C'est le problème de l'imprévision qui se pose.

(26) L'abandon du nominalisme comme principe d'ordre public paraît être admis, même par ses plus ardents défenseurs. Ainsi M. le Doyen SAVATIER (note sous Paris, 4 mars 1960, D. 1960.767) écrit-il : « Le législateur nouveau semble avoir pris son parti d'effacer l'article 1895 C. civ. en tant que disposition contraignante. »

(27) C'est ainsi que la loi n° 63-628 du 2 juillet 1963, dans son article 15, a fait une place à la théorie de l'imprévision en autorisant les juges à rétablir l'équilibre des prestations dans les contrats de rentes viagères touchés par les variations monétaires. Sur ce point voir : Y. BÉCHADE, *Les aménagements apportés en 1963 à la législation sur la révision des rentes*, J.C.P., 1963.I. 1800, n° 58.

(28) On remarquera qu'en matière de marchés de l'Etat les parties ne seront jamais soumises à un nominalisme aussi absolu. Le décret n° 61-529 du 8 mai 1961, J.O., 31 mai 1961, approuvant le cahier-type des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux passés au nom de l'Etat, prévoit expressément en son article 33 que, dans le cas où aucune clause de variation n'aura été stipulée, les prix pourront cependant être modifiés, selon certaines modalités, en fonction des variations des coûts.

Nous avons vu (29) comment la jurisprudence civile l'avait résolu au lendemain de la première guerre mondiale. La solution donnée était justifiée par l'espoir d'un retour à la stabilité monétaire. Cet espoir ne peut plus être invoqué de nos jours, mais la réponse ne doit pas pour autant être modifiée. La notion même d'imprévision est en effet anachronique ; on ne peut sérieusement soutenir à notre époque que la dépréciation monétaire soit un événement imprévisible. Chacun en connaît l'existence, chacun sait que son ampleur peut être considérable. Toute personne qui accepte de prendre le risque de contracter en valeur nominale doit supporter les conséquences de sa décision. Le nominalisme ne lui a pas été imposé, elle s'est librement placée sous son signe, elle ne peut donc s'en prendre qu'à elle-même si elle subit une perte (30).

193. — Si la dépréciation prend des proportions réellement trop importantes, on ne peut admettre qu'une issue au déséquilibre contractuel qui en résulte : l'intervention des pouvoirs publics par une loi de revalorisation. Seul le législateur peut, en l'état des textes, faire application du valorisme *a posteriori*. Mais il est à noter que ce valorisme légal est général et qu'il s'applique aussi bien aux obligations stipulées en valeur nominale qu'à celles qui le sont en valeur réelle (31).

Au reste, la théorie de l'imprévision paraît bien être directement condamnée par l'esprit de l'article 79 de l'ordonnance du 30 décembre 1958. Elle conduit en effet à l'institution d'une échelle mobile généralisée (32), ce qui est contraire à la volonté expresse du législateur.

194. — Ce caractère contractuel du nominalisme est quelque chose de nouveau. Jusqu'alors le nominalisme était un principe imposé par le législateur en application de la théorie étatique de la monnaie ; maintenant que cette théorie est écartée, le nominalisme a perdu ce rôle privilégié ; il ne découle plus que de la volonté des contractants (33). Alors que l'on a longtemps opposé le nominalisme légal au valorisme contractuel, il faut désormais tempérer le valo-

(29) Cf. ci-dessus, n° 91, 92, 93.

(30) M. le doyen CARBONNIER, *Droit civil*, T. II (3^e éd.), p. 503 n° 152, fait ainsi remarquer que « la multiplication des clauses d'échelle mobile et de révision a fait perdre de son urgence au problème législatif ».

(31) Voir ci-dessous, n° 235 et n° 246.

(32) En ce sens : J. SAVATIER, *loc. cit.* : « Admettre de manière générale la théorie de l'imprévision c'est agir sur la conjoncture économique par l'institution d'une échelle mobile universelle. »

(33) M. F.A. MANN, *op. cit.*, pp. 69 et 70, s'était déjà efforcé de montrer que le nominalisme pouvait être justifié par l'intention des parties, mais il estimait que cette intention devait être présumée par la loi. Voici le cœur de son argumentation :

risme par un nominalisme contractuel. Il n'existe plus un principe et une exception, mais deux régimes qui ont une même vocation. C'est aux contractants qu'il appartient de choisir librement entre eux.

En pratique, pour les conventions qui comprennent un élément de temps, c'est la valeur marchande qui sera retenue.

B. — LE CHOIX DE LA VALEUR MARCHANDE.

Les parties choisissent la valeur marchande lorsqu'elles retiennent une monnaie de compte différente de la monnaie de compte légale. Mais, à cet égard, deux questions se posent. A savoir quelle est la signification de ce choix et quelles en sont les limites.

a) *La signification du choix.*

195. — Les particuliers se réfèrent à la valeur marchande, ou à une valeur marchande approchée quand, au lieu de fixer dès l'origine le montant de l'obligation en francs, ils emploient une formule du type : $100 \times a$. Dans cette formule, 100 représente le nombre d'unités monétaires correspondant au montant de la dette calculé en valeur réelle au jour où la convention est passée. Ce nombre est une référence invariable qui indique le rapport existant entre la valeur de la prestation objet de la convention, et celle de l'indice de référence. L'exposant « a » est l'indice retenu. Il permet de rendre compte, d'une manière plus ou moins exacte, des variations de valeur de la prestation considérée. Cet indice constitue la véritable monnaie du contrat.

Mais il faut bien voir que le montant de l'obligation est représenté par le produit de ces deux éléments, lesquels ne sauraient en aucun cas être scindés. Tant que la dette existe elle est déterminée par la formule indiquée dans l'acte. Au premier jour, « a » étant égal à 1, la dette est de 100×1 ; si le niveau du prix de référence

« In the vast majority of cases the possibility of changes in monetary value does not enter the parties minds, though they may have a definite idea of the exchange value, or purchasing power of the stipulated amount of money. If they have regard to that possibility, they may protect themselves by special clauses such as gold or currency clauses ; if they fail to do so, although they anticipate disarrangements of monetary value, they must be taken to have accepted the risks involved.

« Nominalism thus finds its justification in the legally relevant intention of the parties.

« Nominalism, it thus appears, is primarily founded on the law of contract. It is not derived from the law of money. It is not a principle of public law, jus cogens, or public policy ; in particular there exists no basis for any such wide maxim as that a judge may not take cognizance of changes in monetary value. »

double, l'indice devient égal à 2 et la dette égale à 100×2 . En pratique, la personne qui aura, par exemple, emprunté 100 francs, devra en rembourser 200.

196. — Les auteurs se sont demandé quelle est la signification de cette modification du montant de la somme due. Ils ont le plus souvent qualifié cette différence d'agio ou de plus-value (éventuellement de moins-value). Nous verrons que le droit fiscal a retenu cette explication qui confère une nature propre à la somme supplémentaire. La jurisprudence a elle aussi semblé admettre cette analyse (34). Il a ainsi été longtemps considéré que des clauses d'indexation ne pouvaient être insérées dans un marché à forfait sous peine de le dénaturer en raison de la variation du prix (35).

Mais, ainsi que M. le Professeur Hébraud l'a remarqué (36), « les plus-values résultant d'une dépréciation monétaire ne constituent pas un accroissement réel du bien ; elles sont simplement nominales. Elles n'ont pas d'existence juridique propre et de régime particulier ».

Il faut même aller plus loin et affirmer qu'il ne s'agit pas de plus-values. En réalité, l'obligation est une obligation à montant indéterminé, mais déterminable à tout moment, essentiellement à celui du paiement. Il n'y a pas eu une dette de 100 qui ait été portée à 200, mais une dette qui a toujours été de $100 \times a$. Le nombre 100 n'étant qu'une référence et non un prix, l'obligation n'a pas été exprimée en deux valeurs nominales successives, elle est déterminée une fois pour toute en valeur marchande. On ne doit donc pas prendre en considération cette prétendue plus-value.

197. — C'est d'ailleurs en ce sens que se prononce la jurisprudence la plus récente. Ainsi, dans une espèce où il était soutenu que l'application cumulative d'une clause d'indexation et d'une stipulation d'intérêts conduisait au versement d'une somme excessive et était constitutive du délit d'usure, la Cour de cassation a refusé d'admettre cette thèse (37). On ne peut que l'approuver. En effet, si les intérêts ont une existence juridique propre en tant que loyer de l'argent, la plus-value nominale résultant du jeu de l'indexation ne peut être prise en considération. Dès lors on ne peut addition-

(34) Voir par exemple : Orléans, 9 février 1949, J.C.P., 1949.II.5602, note Roubier.

(35) Cass. (1^{re} civ.), 9 février 1960, Bull. Civ., n° 88, p. 73, D. 1960, somm. 45.

(36) P. HÉBRAUD, *loc. cit.*, p. 508.

(37) Cass. (1^{re} civ.), 26 avril 1963, G.P., 1963.II.51, J.C.P., 1963.II.13271, note approbative P. Esmein.

ner ces deux sommes dont l'une n'existe qu'en vertu d'une dissonance arbitraire du capital.

198. — De même, dans le cas de marché à forfait, un important revirement de jurisprudence doit être relevé. Par un arrêt du 30 mai 1963 (38) la Cour suprême a posé en principe que l'insertion dans un tel contrat d'une clause d'indexation ne peut pas porter « atteinte à la règle de la fixité du prix, dès lors que le mode de « calcul, immuable en son principe, a été précisé dans une convention engageant les deux parties ». Cette nouvelle conception est parfaitement fondée : sans doute le marché à forfait suppose-t-il que le prix ne puisse être modifié, mais il n'oblige nullement à retenir la monnaie de compte légale. Dès lors que le prix est définitivement fixé, même en valeur réelle, cette condition d'application de l'article 1793 du Code civil est incontestablement remplie. La plus-value nominale constatée ne peut suffire à faire perdre son caractère au contrat puisqu'elle apparaît automatiquement et n'a pas de caractère autonome (39). En revanche, il ne semble pas qu'une clause de révision puisse être stipulée dans un tel contrat puisqu'elle ne crée pas de monnaie de compte et conduit à une nouvelle fixation arbitraire du prix (l'arrêt précité peut, *a contrario*, être interprété en ce sens).

199. — On voit ainsi (40) que, obligation en valeur nominale et obligation en valeur marchande doivent être considérées séparément et s'analysent de manière différente. La première est une obligation déterminée en son montant dès l'origine, la seconde n'est qu'automatiquement déterminable à tout moment. Cette opposition apparaît de manière particulièrement nette en matière de compensation.

Pour qu'il y ait compensation légale entre deux dettes, il faut que ces dettes soient de même nature. Or, dettes nominales et réelles sont de nature différente puisque leur monnaie de compte est elle-même différente. On peut dès lors penser qu'il ne peut se produire de compensation entre ces deux types d'obligations. C'est en ce sens que semble vouloir se prononcer la Cour de cassation qui subor-

(38) Cass. (1^{re} civ.), 30 mai 1963, G.P., 19 octobre 1963.

(39) En ce sens : J. CARBONNIER, R.T.D.C., 1960, p. 684 : « Une clause d'indexation ne fait que substituer une monnaie privée à la monnaie étatique, mais, pour le surplus, le contrat garde sa structure intacte ; s'il était forfaitaire, il demeure tel, donc immuable, quant au fond. Le forfait ne disparaîtrait point parce qu'il serait libellé en marks, au lieu de l'être en francs. Pas davantage parce qu'il est libellé en smig. La monnaie est extérieure au contrat. »

(40) Dans le même sens en ce qui concerne les donations : ci-dessous, nos 239 et suiv.

donne cet effet de la loi à une liquidation de la créance par les parties (41). On peut toutefois se demander si l'article 1291 § 2 ne pourrait ici recevoir parfois application, notamment dans le cas où la référence retenue par les contractants fait l'objet d'une publication officielle.

Sans doute est-on ainsi conduit à reconnaître une grande portée à l'indexation, mais il ne faut pas oublier que le prix est l'un des deux éléments fondamentaux de toute convention, donc que sa détermination occupe une place essentielle dans la vie de cet acte. C'est d'ailleurs la portée de ce choix qui explique les limites qui lui sont apportées.

b) *Les limites du choix.*

200. — Que les parties ne soient pas totalement libres de choisir la monnaie de compte qui leur convient a déjà été établi, puisque tel est justement l'objet des ordonnances de 1958-1959 que nous avons étudiées. Dans les conventions et statuts postérieurs à l'entrée en vigueur de ces textes, seule une indexation interne peut être retenue. Il n'y a pas lieu de revenir sur ce point.

Mais il faut se garder de croire que toute difficulté est ainsi écartée sur le terrain monétaire. Il existe en effet de nombreux actes juridiques qui ne sont pas soumis au critère de l'indexation interne. Tel est le cas, d'une part, des conventions antérieures à la mise en vigueur des ordonnances, et, d'autre part, des dettes d'aliments dans la conception large qu'en donne la loi du 13 juillet 1963. Ce n'est plus alors l'article 14 de l'ordonnance de 1959 qui doit être pris en considération, mais l'article 1895 du Code civil et les textes monétaires. Or, sur ce point encore, une importante évolution jurisprudentielle est à souligner.

201. — Dans ces conventions, tout d'abord, il est certain que les clauses autorisées par l'article 14 de l'ordonnance de 1959 sont licites. Le critère restrictif retenu constitue en effet un minimum au-dessous duquel on ne peut certainement descendre. D'autre part, la jurisprudence inaugurée par l'arrêt du 27 juin 1957 (42), inspirée par une conception valoriste, demeure valable, sauf l'exception de l'article 14 § 2 (43), puisque les textes sur lesquels elle était fondée n'ont pas été modifiés et que, bien au contraire, des dispositions parallèles ont été réformées dans le même sens.

(41) Cass. Com., 18 octobre 1961, Bull. Civ., n° 366, p. 316.

(42) Voir ci-dessus, n° 106.

(43) Voir ci-dessous, n°s 365 et suiv.

Mais la Cour de cassation est allée plus loin. Tirant la conclusion logique de son analyse de l'article 1895 (« texte non impératif »), elle a, dans un arrêt du 4 décembre 1962 (44), affirmé la validité des clauses-valeur or. Cet arrêt a été critiqué par M. le Professeur Pédamon. Pour cet auteur, on ne peut dissocier le régime des clauses-valeur or de celui des clauses-or du fait que la distinction entre les deux est difficile à établir et que les unes ne sont pas économiquement plus nuisibles que les autres. Mais ces deux arguments ne nous paraissent nullement convaincants. Il est en premier lieu certain que l'opposition est fondée : seules les premières, comportant une monnaie de compte mais admettant la monnaie de paiement légale, sont des clauses d'indexation et n'encourent donc pas le reproche de faire échec au cours forcé du franc. D'autre part, il ne paraît pas pertinent de se placer ici sur le plan des effets économiques : ainsi que nous l'avons vu l'indexation sur l'or est moins dangereuse que l'indexation sur le coût de la vie ; par suite, dès lors que cette dernière est admise, la première peut aussi l'être. Seule doit donc être prise en considération la loi sur le cours forcé, et elle justifie tout à la fois la condamnation des clauses-or et la reconnaissance des clauses-valeur or (45).

On peut d'ailleurs, par transposition de motifs, les éléments du problème étant en tout point identiques, penser que la Cour de cassation reconnaîtra désormais la validité des clauses-valeur monnaie étrangère tout en condamnant les clauses-monnaie étrangère.

Cette jurisprudence marque incontestablement une progression du principe valoriste. Cette évolution n'apparaît cependant ici que de manière indirecte, par la voie de conventions, elle ressort plus nettement encore de l'examen du valorisme judiciaire.

§ 2. — Le valorisme judiciaire.

202. — Si l'on ne peut reconnaître aux tribunaux le pouvoir de modifier une convention conclue en valeur nominale, il faut, en revanche, leur permettre dans les autres domaines, de faire état de la dépréciation monétaire. Le nominalisme ne s'impose plus à eux

(44) Cass. (1^{re} civ.), 4 décembre 1962, G.P., 1963.I.130, J.C.P., 1963.II.13033, note Esmein, D. 1963.698, note Pédamon, et observations Cornu, R.T.D. Civ., 1963, p. 374, n° 6. Dans le même sens : Cass. (1^{re} civ.), 26 novembre 1963, G.P., 25 février 1964, J.C.P. 1964.II.13652, note G. Hubrecht.

(45) On remarquera que l'assimilation des clauses-or et valeur-or a été critiquée dès l'origine : A. MESTRE, note S. 1923.II.121, et E. JAMES, *La clause payable en or et le cours forcé*, Paris, 1924. Elle n'a d'ailleurs généralement pas été retenue à l'étranger ; sur ce point : VAN HECKE, *op. cit.*, p. 149.

que lorsque les parties ou le législateur l'ont invoqué, donc exceptionnellement. C'est d'ailleurs en ce sens que paraît s'orienter la jurisprudence. Toutefois, si ce principe est certain lorsque les variations sont intervenues avant que ne soit pris un jugement définitif, il est plus discutable dans le cas contraire puisque, alors, existe une décision passée en force de chose jugée.

A. — LA DÉPRÉCIATION MONÉTAIRE ANTERIEURE AU JUGEMENT.

Un important mouvement jurisprudentiel a été enregistré en ce domaine depuis quelques années. Il traduit, dans son ensemble, une progression très nette vers le valorisme par le canal de techniques proches de l'indexation. On n'en retiendra que quelques exemples particulièrement intéressants.

203. — Les difficultés apparues en matière de partage du fait de la dépréciation monétaire ont été longtemps parmi celles qui paraissaient les plus délicates à résoudre (46). Un premier problème, simple, était de déterminer s'il convient d'évaluer les biens à partager au jour de l'entrée en indivision ou au jour du partage. Nous avons vu (47) que c'est la seconde conception qui a été retenue par la jurisprudence. Mais un autre problème, plus complexe, s'est fait jour dans le cas où, le partage ayant eu lieu, l'une des parties, s'estimant lésée de plus d'un quart, sans en demander l'annulation, prétend recevoir le complément de sa part en valeur réelle. Admettre purement et simplement cette thèse revient à procéder à une nouvelle évaluation tenant compte des améliorations apportées par l'attributaire. La rejeter conduit à faire bénéficier les copartageants responsables de la lésion de la hausse des prix. C'est à cette dernière solution, qui revenait à faire toute évaluation relative au partage au jour de la jouissance divise, que s'est longtemps ralliée la Cour de cassation (48). Mais, par un arrêt de principe du 9 mars 1961 (49), l'Assemblée plénière civile a condamné cette position de la manière la plus nette :

« Attendu que, si l'existence et l'étendue de la lésion doivent
» être appréciées à la date du partage, il résulte tant du principe

(46) Voir sur cette question : P. CATALA, *Les règlements successoraux depuis les réformes de 1938 et l'instabilité monétaire*, Thèse, Montpellier, 1954.

(47) Ci-dessus, n° 103.

(48) Par exemple, en matière de succession partage : Cass., 1^{re} civ., 6 décembre 1955, J.C.P., 1956.II.9090, observations P. Voirin.

(49) Cass. ass. plé. civ., 9 mars 1961, J.C.P., 1961.II.12091, observations P. Voirin, D. 1961, note Ancel. Dans le même sens : Cass., 1^{re} civ., 10 mai 1961, J.C.P., 1961.II.12210 et 12 mars 1963, G.P., 1963.II.66.

» de l'égalité des copartageants que de l'équivalence des deux
» modes de libération prévus par l'article 891, que le complé-
» ment doit être apprécié à sa valeur actuelle ».

Que cet arrêt fasse application d'un principe valoriste est hors de doute. Mais l'ambiguïté de la formule relative à la procédure à suivre a été cause de critiques (50), on a pu craindre l'institution d'un valorisme intégral conduisant à de nombreuses difficultés et injustices. En fait il n'en est rien, d'autres décisions parallèles ont permis de pénétrer la signification de cet attendu.

Désormais, pour calculer la valeur de rachat de la lésion (51), il conviendra tout d'abord de se placer au jour du partage pour établir la consistance et l'état des biens considérés de même que le montant de la lésion, puis, ces éléments étant tenus pour fixes, de rechercher quelle valeur auraient ces biens au jour du jugement, ce qui permettra de connaître le nouveau montant de la lésion. Plus simplement cela reviendra à indexer l'ancienne valeur de rachat sur la valeur moyenne de la catégorie de biens (ou des catégories de biens) envisagée. De fait, les juges n'auront qu'un calcul simple à opérer : ils n'auront qu'à multiplier la valeur de rachat primitive, connue par les écritures du partage, par la différence des indices des prix spécifiques. S'il s'agissait d'immeubles, ce sera l'indice de la propriété immobilière. Cet indice est une monnaie de compte, étant un indice spécifique il commande même une indexation interne.

On ne saurait être surpris de cette constatation : cette procédure n'est au fond qu'un report de date d'évaluation ; or nous avons vu qu'un tel report produit les mêmes effets qu'une indexation interne.

De la sorte on ne peut qu'approuver cette jurisprudence, absolument conforme à la théorie monétaire moderne. Elle fait porter le poids de la dépréciation monétaire sur celui qui, ayant le bien entre les mains, a pu y faire face ; mais elle ne le fait porter que dans la mesure de l'accroissement nominal de valeur dû à cette dépréciation.

204. — Ce sont d'ailleurs les mêmes principes que l'on retrouve dans la jurisprudence relative à la responsabilité civile. Il a tout d'abord été confirmé que c'est au jour du jugement qu'il convient de

(50) Notamment celles de M. le Doyen VOIRIN, observations précitées et J.C.P., 1961.I.1653. *Contra* : P. CATALA, *La jurisprudence, gardienne de l'égalité successorale*, D. 1962, chr. 99.

(51) La procédure à suivre est la même lorsqu'il y a lésion dans une vente d'immeuble (Aix-en-Provence, 20 janvier 1964, J.C.P., 1964.II.13565, note Savatier) ou dans tous les autres cas de lésion.

se placer pour évaluer le montant de l'indemnité (51 *bis*), mais surtout il a été clairement précisé par la Cour de cassation, dans un arrêt du 7 janvier 1963 (52), qu'il convient de procéder au calcul de cette indemnité en deux temps. Dans un premier, le dommage doit être déterminé dans sa nature et dans son étendue, ce qui permet de connaître le montant du préjudice au jour où il est apparu. Dans un second, ce montant doit être révisé de manière à tenir compte des variations économiques, ce qui n'a « d'autre effet que de modifier le quantum du préjudice ».

Ainsi les juges devront, pour assurer une exacte justice, rechercher quel serait, au jour où ils statuent, le montant d'un dommage survenu dans les mêmes conditions. Plus simplement, une première estimation ayant été faite au lendemain de la réalisation du dommage, il leur suffira de multiplier ce nombre par le coefficient de variation de valeur du bien atteint, par exemple. Là encore le report de la date d'évaluation se traduit bien par une indexation interne.

C'est ainsi qu'une Cour d'appel a pu calculer une indemnité d'éviction en se plaçant au jour de l'expiration de la location, mais en précisant « sauf à tenir compte des variations postérieures de la valeur de la monnaie », sans encourir la censure de la Cour suprême (53).

Cette espèce est d'ailleurs intéressante à un autre point de vue. On doit en effet relever que l'arrêt a pu impunément faire état de la dépréciation monétaire, ce qui n'eut point été concevable avant 1958.

205. — Les réformes de 1958 et 1959 ont en effet incité les tribunaux à prendre directement en considération les effets de la dépréciation du franc. Le premier arrêt rendu en ce sens par la Cour suprême date du 1^{er} juin 1959. Une société avait passé une commande de bronze ; son contractant n'ayant pas livré la marchandise à la date voulue, elle dut se tourner vers un autre fournisseur. Mais, entre temps, le prix du bronze avait subi une hausse importante. Estimant que si elle avait eu ce métal en stock elle aurait bénéficié de cette hausse des cours, elle demandait que son premier contractant soit condamné à l'indemniser de ce manque à gagner. La Cour accueillit son pourvoi et cassa l'arrêt qui avait « refusé à tort une indemnité compensatrice du bénéfice supplémentaire manqué par la société » (54).

(51 *bis*) En particulier : Cass. (1^{re} Civ.) 27 janv. 1964, J.C.P. 1964.II.13636, P.E.

(52) Cass., 1^{re} civ., 7 janvier 1963, Bull. Civ., n° 15, p. 14.

(53) Cass. com., 11 juillet 1960, G.P., 1960.II.236, J.C.P., 1961 (éd. C.I.), n° 68.567, note B. Boccara.

(54) Cass. com., 1^{er} juin 1959, J.C.P., 1959.II.11206, note J. Hémard.

Ainsi était accordée la réparation d'un gain manqué, alors que ce gain n'était dû qu'à une hausse de prix. La dépréciation se trouvait considérée de manière active et en elle-même, non comme accessoire d'une réparation.

De même, dans une affaire où un mandataire avait évidemment été révoqué de manière fautive et où le mandant n'avait plaidé que par esprit de malice, la Cour suprême a admis que le mandataire avait droit à des dommages-intérêts distincts pour tenir compte de la dépréciation monétaire survenue pendant la durée du procès (55).

On perçoit ainsi très nettement la pensée des magistrats : ils estiment fort justement que c'est celui qui a commis une faute qui doit supporter la charge de la baisse de valeur du franc.

206. — La même évolution se retrouve hors du domaine de la responsabilité contractuelle, par exemple en matière de paiement de l'indu. Un individu avait indûment perçu une prime du directeur-gérant d'une société dont le propriétaire israélite avait dû abandonner la direction en 1939. A son retour, ce dernier demanda le remboursement de la prime, plus une indemnité compensatrice de hausse des prix. Il lui fut donné gain de cause par la Cour de cassation (56), qui, après avoir rappelé que le pourvoi soutenait que « le principe nominaliste mettait obstacle à ce que la Cour puisse faire état de la dépréciation de la monnaie pour allouer à Pariente des dommages-intérêts », le rejeta au motif que « la Cour a souverainement apprécié que la société aurait acheté des matières premières » et qu'il était par suite justifié d'accorder à Pariente une somme suffisante pour acquérir une quantité égale de biens.

Là encore l'appel au principe nominaliste et la présence de l'expression antérieurement taboue « dépréciation monétaire » n'ont pas suffi à convaincre la Cour. L'avènement du valorisme judiciaire ne saurait donc faire de doute. Bien plus, en évaluant les dommages-intérêts en fonction des variations de valeur d'un bien en rapport avec l'activité de l'entreprise, les juges du fond ont usé d'une indexation interne. Cela est d'autant plus remarquable qu'aucun élément

(55) Cass. com., 29 octobre 1962, Bull. civ., n° 427, p. 350. Dans le même sens on relèvera un arrêt de la Cour de Paris du 20 octobre 1960, J.C.P., 1961. II.12110, qui a considéré qu'un vendeur d'automobiles qui n'avait pas respecté le délai de livraison ne pouvait prétendre qu'au prix en vigueur au jour où la livraison devait être effectuée et un autre arrêt de la Cour de Paris du 10 novembre 1962, J.C.P., 1963.II.13016, qui a condamné un banquier pour avoir tardé à transférer des fonds de telle sorte qu'une dévaluation monétaire avait préjudicié à son client.

(56) Cass., 1^{re} civ., 11 juin 1958, Bull. civ., n° 304, p. 241.

de la cause ne l'imposait et que l'arrêt est antérieur aux ordonnances de 1958 et 1959.

207. — Toute incertitude n'est cependant pas écartée, il reste des cas où les principes dégagés par la jurisprudence ne permettent pas de donner une solution satisfaisante au problème posé par la dépréciation. Un exemple récent le montre bien (57). En juin 1940, un commerçant avait abandonné sa boutique ; un conseiller municipal prit l'initiative de distribuer certaines marchandises qui s'y trouvaient. A son retour le commerçant, invoquant les principes de l'enrichissement sans cause, demanda à être indemnisé. Dix sept ans plus tard, la détermination de la date d'évaluation devenait primordiale (58), mais elle était délicate à établir : aucune des parties n'avait commis de faute, aucune n'avait eu la disposition de biens ou d'argent. La Cour de Rouen ayant procédé à l'évaluation au jour de sa décision, sa décision fut cassée car si cette date rendait compte de l'appauvrissement du commerçant, elle ne correspondait pas à l'enrichissement de la commune. Il semble que ce soit à juste titre : les règles propres à l'enrichissement sans cause font ici obstacle à l'application du valorisme. On peut toutefois penser que si, au lieu de les distribuer, la commune avait vendu les marchandises elle aurait été tenue de les rembourser à leur valeur actuelle puisqu'elle aurait eu la libre disposition des fonds pendant toute cette période.

A cette exception près, il apparaît donc que la jurisprudence s'est résolument tournée vers le valorisme. Suivant la voie tracée par l'arrêt de 1957 et l'évolution de la théorie de la monnaie, elle a profondément modifié le régime des paiements en matière de délits, quasi-délits et quasi-contrats. Il ne lui restait plus qu'à accepter de prendre en considération les variations monétaires postérieures aux décisions passées en force de chose jugée.

B. — LA DÉPRÉCIATION MONÉTAIRE POSTÉRIEURE AU JUGEMENT.

208. — A cet égard un premier point est certain : celui qui a obtenu un jugement ne peut plus, à titre principal, demander après coup, une revalorisation de la somme qui lui a été accordée. Il ne peut le faire que dans le cas où, le débiteur ne s'étant pas exécuté, une action est intentée de ce chef. Alors des dommages-intérêts incluant le montant de la dépréciation monétaire peuvent être consentis.

Cette question se pose essentiellement lorsqu'une victime s'est vue reconnaître une rente, la réponse ne peut faire de doute : le débi-

(57) Cass., 1^{re} civ., 18 janvier 1960, D. 1960.753, note P. Esmein, J.C.P., 1961.II.11994, note F. Goré.

(58) Alors que la valeur des marchandises disparues était en août 1940 de 40.000 francs, elle était en décembre 1957 de plus d'un million.

rentier doit se suffire des revalorisations légales, quelques minimes qu'elles puissent être. Mais on peut se demander si les juges ne peuvent prévoir cette éventualité et accorder des rentes indexées. La jurisprudence administrative le nie et a choisi de procéder à une capitalisation de la rente (59). La jurisprudence judiciaire a en revanche longtemps hésité (60), deux arrêts de 1952 ont paru devoir clore la controverse, mais l'évolution récente a posé le problème dans des termes nouveaux.

1. L'évolution antérieure à 1952.

209. — De nombreux auteurs ont été dès l'abord favorables à l'indexation des rentes par les tribunaux. Ils ont en premier lieu fait ressortir les inconvénients, dans ce cas, de la remise d'un capital. Le versement d'un capital, beaucoup plus lourd pour le responsable, comporte aussi plus d'aléa pour la victime si celle-ci ne le place pas en une rente viagère indexée.

Le procédé de la rente étant le plus adéquat pour indemniser un dommage permanent, il convient de l'aménager pour lui permettre de conserver son efficacité en dépit de la dépréciation monétaire. La jurisprudence admettant depuis 1942 que le quantum de la réparation doit être évalué au jour de la décision, pourquoi ne ferait-on pas un pas de plus, et n'admettrait-on pas l'indexation de la rente ? M. le Professeur Henri Mazeaud (61) a fort justement fait remarquer que si l'article 1382 du Code civil avait justifié la première solution, il imposait aussi la seconde. La rente simple n'assure pas une indemnisation suffisante alors que, mieux que l'attribution d'un capital, une rente indexée permet une réparation intégrale du préjudice. Les principes du droit de la responsabilité conduisent à admettre les rentes indexées (62).

(59) Par exemple : C.E., 19 mars 1948, D. 1949.84 ; 30 octobre 1949, Lebon, p. 250.

(60) Sur ce point, cf. M. GENDREL, *loc. cit.*, n° 71 et suiv.

(61) H. MAZEAUD, *Les « rentes flottantes » et la réparation des accidents*, D. 1951, chr. 17 : « Concluons que, parce qu'il est tenu d'assurer une réparation intégrale du dommage, le juge peut, et non seulement peut mais doit, lorsqu'il décide d'allouer une rente, prévoir une adaptation de cette rente aux variations économiques. » En ce sens : A. TOULEMON, *La réparation du préjudice et les rentes révisables*, G.P., 1950.I, doct. 47 et R.T.D. Com., 1950.353. P. ESMEIN, *Des indemnités variables selon les indices économiques*, J.C.P., 1949.I.781. R. RODIÈRE, J.C.P., 1950.II.5728. — R.E. CHARLIER, *Les effets de la hausse des prix dans la responsabilité civile et administrative*, J.C.P., 1947. I.650, n° 38.

(62) M. J.-Ph. LÉVY, *loc. cit.*, in *Etudes de Droit contemporain*, estimait en outre qu'il serait difficile « d'interdire dans un jugement ce que l'on permet dans un contrat ».

Avant qu'un arrêt de la Cour suprême n'intervienne, de nombreuses juridictions avaient consacré cette thèse ; il s'agissait d'ailleurs le plus souvent de tribunaux civils et correctionnels (63), dont la position a pu paraître plus « sentimentale » que raisonnée (64).

210. — Les tribunaux supérieurs y ont cependant, dans l'ensemble, été hostiles (65). Plusieurs arguments ont été avancés contre la validité des rentes indexées.

On a tout d'abord soutenu que la dépréciation monétaire ne peut être prise en considération par les tribunaux car elle ne peut « être considérée comme la conséquence directe et nécessaire de la faute commise par l'auteur du dommage ». Cet argument n'a évidemment pas la moindre valeur ; tout le monde le reconnaît lorsqu'il est question de la date d'évaluation, le problème est ici exactement le même, nous l'avons déjà souvent constaté. Il ne s'agit pas de rechercher les éléments du préjudice, mais d'en assurer la réparation. Le paiement une fois évalué en valeur réelle doit normalement pouvoir être fait en monnaie réelle (66).

Plus sérieux est l'appel fait par les tribunaux et la doctrine au principe de l'autorité de la chose jugée (67). Ainsi, M. le Doyen Savatier estime-t-il que le jugement doit « liquider et fixer la situation des parties » et qu'il ne doit pas laisser subsister une situation instable. Mais cette critique n'est pas non plus définitive : il n'est aucunement question de permettre au tribunal de revenir sur une décision définitive, mais seulement de l'autoriser à substituer à la monnaie légale une monnaie de compte. On ne voit pas pour quelle raison le fait de retenir la valeur marchande plutôt que la valeur nominale pourrait être considéré comme portant atteinte à l'autorité de la chose jugée. En réalité, il s'agit d'un problème monétaire ; on ne peut le résoudre qu'en se plaçant sur ce terrain.

(63) Trib. civ. Romorantin, 6 février 1949 et Trib. civ. Rochefort, 2 décembre 1948, J.C.P., 1949.II.4708, note Fréjaville. Trib. civ. Mamers, 3 décembre 1948, J.C.P., 1949.II.4925. Trib. corr. Saumur, 7 janvier 1949, J.C.P., 1949.II.4783. Trib. Enf. Saint-Dié, 15 décembre 1949, G.P., 1950.I.229. Nancy, 4 décembre 1947, G.P., 1948.I.70.

(64) R. RODIÈRE, note sous Paris, 22 avril 1950, J.C.P., 1950.II.5728.

(65) Poitiers, 11 février 1949 et Orléans, 25 mars 1949, D. 1949.247, note A. Rouast. Angers, 19 mai 1949, J.C.P., 1949.II.5122. Trib. civ. Strasbourg, 30 novembre 1949, J.C.P., 1950.II.4670. Paris, précité.

(66) En ce sens : H.L. MAZEAUD, R.T.D.C., 1952, p. 366, n° 7 : « La victime ne subit pas deux préjudices distincts ; l'un résultant de l'accident, l'autre de la dépréciation de la monnaie, mais un seul préjudice... Il s'agit d'évaluer le préjudice, de le traduire en une somme d'argent, somme qui peut être différée chaque année. »

(67) En ce sens : A. ROUAST, note sous Orléans, précitée. R. SAVATIER, note sous Cass. Soc., 21 mai 1952, D. 1952.413. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile* (5^e éd.), n° 233 b. G. RIPIERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 1151.

211. — C'est pourquoi le seul argument sérieux que l'on ait pu opposer à l'admission des rentes indexées était celui tiré du principe nominaliste. M. le Professeur Rouast estimait que « la nécessité de défendre la monnaie nationale doit primer celle de donner à des particuliers une réparation complète » (68). Et il est bien certain en effet que si le principe nominaliste était d'ordre public, il ne serait permis à personne, pas même aux tribunaux, d'y déroger.

La jurisprudence, comme la doctrine, étant divisée, c'est à la Cour de Cassation qu'il a appartenu de trancher le débat.

2. L'évolution postérieure à 1952.

213. — La Cour devait dire si le principe de réparation intégrale pouvait justifier l'abandon partiel du principe nominaliste. A la suite de la Chambre criminelle, la Chambre civile, section sociale, le 2 mai 1952, s'est prononcée pour la négative (69). Elle reprend tous les arguments donnés précédemment avant de conclure :

« Attendu que les juges ne peuvent statuer provisoirement que pour le cas où ils apprécient que l'état de la victime pourra se modifier, Attendu qu'ils ne sauraient aller au-delà, au risque de porter atteinte à l'autorité de la chose jugée ou d'empiéter sur les prérogatives du législateur, auquel seul il appartient de prendre, en temps de hausse du coût de la vie, telle ou telle mesure qui pourrait être compatible avec l'intérêt général du pays ».

La netteté de cette décision a pu faire croire que la solution était définitive. Il ne faut cependant pas en exagérer la portée, puisqu'il a été rendu avant l'arrêt de principe de 1957 qui a décidé que le principe nominaliste n'est pas d'ordre public. D'ailleurs la jurisprudence postérieure n'a pas connu l'unanimité que l'on aurait pu attendre.

214. — Ainsi un arrêt de la Chambre civile, 2^e section civile, du 24 juin 1954, a admis que le responsable d'un accident doit rembourser les arrérages de la pension allouée tels qu'ils ont été fixés au moment de leur échéance par la législation sur les pensions. Sans doute cette décision ne contredit-elle pas expressément la précédente puisqu'il s'agit d'une question de date d'évaluation plus

(68) A. ROUAST, note précitée. En ce sens : H. LALOU, *op. cit.*, p. 195, n° 233 b : « Entre deux considérations d'ordre public, assurer la réparation intégrale du préjudice, ne pas porter atteinte à la valeur future du franc, c'est la seconde parce qu'elle a un caractère politique qui doit prévaloir sur la première. »

(69) Cass. Crim., 20 mars 1952, D. 1952.413, note R. Savatier. Cass. Soc., 2 mai 1952, D. *id.*, J.C.P., 1952.II.6914, note Fréjaville, S. 1952.I.187, G.P., 1952.I.295

que d'indexation et que la jurisprudence a admis deux solutions différentes dans ces deux cas ; cependant l'espèce est à la frontière de ces deux situations et le fait de l'avoir soumise au régime valoriste montre la force d'expansion de cette idée (70).

Plus intéressante est la résistance de certaines juridictions du fond et leur tentative de dégager une formule acceptable (71).

215. — La Cour de Dijon avait consacré une formule depuis longtemps proposée qui consiste à capitaliser la rente accordée en réparation et à procéder à un abattement d'un quart pour compenser l'avantage ainsi fait à la victime qui va recevoir une somme souvent considérable. Une décision isolée de la Cour de Paris avait déjà statué en ce sens (73). Mais les commentateurs s'étaient prononcés contre la validité de cette solution (74) en faisant justement remarquer qu'elle conduit à ne pas accorder à la victime une réparation intégrale (75). La Chambre criminelle les a suivis en cassant l'arrêt de la Cour de Dijon (76).

216. — La Cour de Paris, dans des circonstances particulièrement pénibles : un enfant de quatre mois avait été réduit, à la suite d'un accident, à l'état grabataire, s'est efforcée de tourner la prohibition (77). Elle a distingué entre le dommage matériel et moral, indemnisé par le versement d'un capital, et un second élément « qui tire son fondement de la nécessité d'assurer à l'avenir la subsistance de cet infirme total ». Ayant ainsi mis en relief la nécessité d'accorder une rente, elle décida :

(70) Cass. civ. (2^e sect. civ.), 24 juin 1954, G.P., 1954.II.210, et observations H.L. Mazeaud, R.T.D.C., 1954, p. 646, n° 4 : il s'agit d'une espèce différente, mais « on peut raisonnablement penser que l'arrêt qu'elle vient de rendre conduira la Cour de cassation à réviser sa jurisprudence sur les rentes « flottantes » et ce sera justice ».

(71) Par ex. : Trib. civ., Privas, 4 juin 1952, S. 1953.2.113. Trib. corr. Lille, 29 juillet 1953, G.P., 1953, 6 novembre. Montpellier, 16 décembre 1955, G.P., 1956.I.166. Paris, 25 avril 1955 (inédit).

(72) Dijon, 20 juin 1957, G.P., 1957.II.

(73) Paris, 1^{er} mars 1945, G.P., 1945.I.155.

(74) Cf. G. DEREUX, *L'indemnité à payer en réparation d'un dommage corporel permanent doit-elle subir un abattement d'un quart si elle est versée en capital ?* G.P., 1944.II, doct. 33. M. LEROY, *Le « calcul au point » et l'abattement d'un quart en matière d'évaluation du préjudice corporel*, J.C.P., 1956.I.1335.

(75) En ce sens : H.L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 2328-2.

(76) Crim., 12 mars 1959, Bull. Crim., 1959, p. 346, n° 173. En ce sens : Paris (20^e Ch.), 25 mars 1961, G.P., 16 septembre 1961.

(77) Paris (12^e Ch. corr.), 30 novembre 1957, G.P., 1958.I.258, observations H.L. Mazeaud, R.T.D.C., 1958, p. 395, n° 2.

« Etant donné le caractère de l'invalidité et l'instabilité des conditions économiques de l'heure, besoin est d'assurer la stricte constance du rapport des ressources avec les besoins de l'enfant ; que fort opportunément à ce propos, le premier juge a ordonné une révision de la situation après un certain délai ».

En conséquence, elle ordonna que, après un délai de trois années, il serait à nouveau statué sur le montant de la rente. La décision était courageuse et justifiée ; elle a cependant été cassée par la Chambre criminelle (78). Mais il faut se garder de considérer que cet arrêt est dans la ligne de ceux de 1952, la Cour ne fait en effet pas appel à des arguments monétaires, elle n'invoque que des principes de procédure, et même de stricte procédure pénale. Elle ne casse pas l'arrêt parce qu'il a expressément invoqué la dépréciation monétaire, ni parce qu'il a adopté un procédé détourné d'indexation, mais parce que « lorsque la juridiction répressive a statué définitivement sur la demande dont elle était saisie, elle a épuisé son pouvoir de juridiction » (79).

On ne peut donc invoquer cet arrêt de la Chambre criminelle pour affirmer que la Cour de Cassation persiste dans sa jurisprudence de 1952. On peut même penser que l'arrêt Guyon contre Praquin de 1957 porte en germe un revirement de cette jurisprudence (80).

217. — Ainsi le Tribunal correctionnel de Laon (81), qui a statué postérieurement à cette décision, a considéré que, la Cour Suprême ayant admis que le principe nominaliste n'est pas d'ordre public, il était devenu possible d'indexer les rentes indemnitaires. Mais il n'a pas retenu la solution extrême qui aurait consisté à indexer sur le coût de la vie ; il a admis l'indice que proposait la victime — le prix du kilomètre voyageur en première classe, — pour cette raison qu'il était en rapport avec l'activité du défendeur, la S.N.C.F. Il a ainsi fait application de l'indexation interne avant même que le législateur ne la retienne.

(78) Crim., 10 décembre 1958, Bull. crim., 1958, p. 1311, n° 734, J.C.P., 1959.II.11208, note Azoulay, D. 1959.170, note Meurisse, et observations H.L. Mazeaud, R.T.D.C., 1959, p. 320.

(79) En ce sens : Crim., 4 juin 1959, Bull. crim., n° 298.

(80) En ce sens : M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel* (2^e éd.), Paris, 1959, n° 74 : « On voit mal comment on pourrait refuser à une victime d'accident ce que l'on accorde à un prêteur d'argent. » Rappelons enfin que la jurisprudence relative à l'indemnisation des dommages subis par un étranger admet la prise en considération d'une monnaie de compte par les tribunaux.

(81) Trib. corr. Laon, 24 janvier 1958, G.P., 1958.I.216, et observations H.L. Mazeaud, R.T.D.C., 1958, p. 247, n° 6 b.

On peut dès lors se demander si, ces tentatives des juges du fait s'étant trouvées confirmées dans leur esprit, un revirement de jurisprudence peut être envisagé.

3. Effets de l'évolution des principes monétaires.

218. — L'évolution de la théorie de la monnaie, et celle du régime des paiements déjà constatée dans d'autres domaines, nous semble permettre de trancher enfin l'irritante question des « rentes flottantes ». Ayant à choisir entre le principe de réparation intégrale et le principe nominaliste, la Cour suprême avait en 1952 opté pour le second. De nos jours cette opposition n'existe plus, puisque le principe nominaliste a été écarté. L'avènement du valorisme judiciaire lève l'hypothèse qui grevait cette formule. Il est au reste nécessaire d'admettre l'indexation des rentes si l'on veut harmoniser la jurisprudence en matière monétaire. Indexation et date d'évaluation ne constituent en effet que deux aspects d'un même problème (82) ; si l'on admet le valorisme dans un cas, il faut obligatoirement le consacrer dans l'autre. Le lien qui les relie est indissoluble.

Les principes monétaires ne s'opposant plus à la prise en considération de la dépréciation monétaire par les tribunaux, l'indexation des rentes est devenue licite (83). Mais il y a plus. Le principe de réparation intégrale conservant toute sa valeur impose cette indexation. Il ne suffit pas de dire que le juge peut indexer, il faut affirmer qu'il doit le faire dès lors que cela lui est demandé. Seule la fixation de la rente en valeur réelle permet en effet d'assurer la stabilité de son pouvoir d'achat, stabilité sans laquelle la réparation risque, après quelques années, de devenir illusoire (84). C'est d'ailleurs bien en ce sens que paraît s'orienter la jurisprudence.

219. — Sans doute la Chambre criminelle maintient-elle sa jurisprudence mais sa position est devenue très difficile à défendre.

(82) Ainsi le Trib. Gde Inst. Seine, le 27 mai 1960 — J.C.P., 1961.II. 11892, note Voirin — a usé du procédé de l'indexation pour évaluer au jour du jugement le montant de la récompense due par un mari à la communauté.

(83) En ce sens : H. L. MAZEAUD, obs., R.T.D.C., 1959, p. 320, n° 10. *Contra* : A. TUNC, in H. L. Mazeaud et A. Tunc, *op. cit.*, T. III, n° 2328. J. JEAN-FRANÇOIS, Thèse citée, p. 163. M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel* (2° éd.), Paris, 1959, n° 74 b. M. M. GENDREL serait, semble-t-il, de notre avis, mais il doute qu'un revirement de jurisprudence puisse intervenir.

(84) Ainsi, M. le Professeur FLOUR, *Cours photocopié*, licence 2° année, 1960-1961, p. 940, remarque que « par la condamnation des rentes indexées, « le principe de l'équivalence entre réparation et dommage, en matière de « préjudice corporel, a pris un caractère purement nominal ».

Elle l'a si bien senti que, dans un arrêt du 5 juillet 1961 (85), pour prononcer la cassation d'une décision qui avait à nouveau accordé une rente indexée, elle a dû abandonner les arguments monétaires et ne s'appuyer que sur l'article 1382 du Code civil. Or, il est maintenant unanimement admis que le fait de retenir une monnaie de compte différente de la monnaie légale ne peut être considéré comme contraire au principe de la non-réparation du préjudice indirect. Ce moyen, s'il était fondé, devrait en effet interdire même le report de la date d'évaluation.

Au demeurant on relèvera que cette Chambre n'est pas aussi ferme que l'on a bien voulu le dire dans sa jurisprudence. Elle a ainsi reconnu la validité d'un arrêt qui avait accordé à un étranger une indemnité fixée en dollars afin de lui éviter les aléas dus aux variations monétaires du franc (86). Cette indemnité devant être payée en monnaie nationale, il y avait pourtant là une clause d'indexation-monnaie étrangère. Sans doute sa faible durée dans le temps l'a-t-elle fait considérer avec bienveillance.

D'ailleurs, les juges du fond persistent à appliquer intégralement le valorisme judiciaire. Ainsi la Cour de Nîmes (87) n'a pas hésité à condamner l'auteur d'un accident de la circulation à rembourser mensuellement à la victime, réduite à l'état grabataire, ses frais d'hospitalisation.

220. — Mais, surtout, il convient de souligner un arrêt de la Chambre civile, première section civile, du 15 janvier 1963 (88). Des vendeurs, bénéficiaires d'un bail à nourriture, avaient demandé la résolution de la convention pour inexécution des obligations. La Cour d'appel avait refusé de les suivre, mais avait converti le bail à nourriture en rente viagère indexée sur le prix du blé. Or, la Cour suprême s'est refusée à prononcer la cassation au motif que :

« en indexant le montant de cette rente sur une quantité
» déterminée, et par elle souverainement appréciée, de blé, la
» Cour a conservé à cette obligation son caractère alimentaire. »

Il est vrai que les demandeurs au pourvoi n'avaient pas critiqué l'indexation et que le litige portait sur le principe de la conversion. Il est vrai aussi que l'affaire se plaçait sur le terrain alimentaire. Mais il n'en demeure pas moins que des magistrats ont pu procé-

(85) Cass. crim., 5 juillet 1961, J.C.P., 1961.II.12369, note P. E.

(86) Cass. crim., 8 janvier 1959, Rev. crit. dr. int. priv., 1960, p. 55, note E. Mezger. Le commentateur note très justement que « la doctrine de ces arrêts est la projection sur le plan international de la jurisprudence interne de prise en considération de la hausse des prix ».

(87) Nîmes, 8 octobre 1962, G.P., 1963.I.147.

(88) Cass., 1^{re} civ., 15 janvier 1963, G.P., 1963.I.332, Bull. civ., n° 31, p. 26.

der à une indexation sans encourir la censure de la Cour suprême, laquelle aurait pu cependant intervenir d'office si le nominalisme avait toujours été considéré comme un principe d'ordre public tout au moins en ce qui concerne les magistrats.

221. — On peut donc raisonnablement penser que, dans un délai relativement court, la Cour de cassation abandonnera son hostilité devenue injustifiée et étendra le domaine du valorisme à l'ensemble du droit comme l'y invite le législateur lui-même. L'inflation est devenue un mal chronique dans lequel il est désormais acquis que l'on doit s'installer. Il n'est plus opportun de l'ignorer, et à plus forte raison de ne vouloir l'ignorer qu'épisodiquement.

Toutefois, une difficulté subsiste. Dans le silence des textes, on peut en effet se demander si ces rentes pourront être librement indexées ou si la monnaie de compte retenue devra répondre à la notion d'indexation interne. Mais c'est là un problème de régime qui n'est pas propre à cette matière. Il ne pourra lui être apporté une solution que lorsque aura, dans son ensemble, été déterminé le régime de l'indexation.

Au reste, étant désormais acquis que les ordonnances de 1958-1959 et les textes postérieurs ont consacré l'avènement du valorisme et affirmé la place prépondérante de l'indexation dans le régime des paiements, c'est à l'étude de la mise en œuvre de ces textes, et plus généralement à l'examen du régime juridique des clauses d'indexation, qu'il convient maintenant de procéder.

DEUXIEME PARTIE

LE RÉGIME JURIDIQUE DES CLAUSES D'INDEXATION

222. — Si le sens général des ordonnances de 1958 et 1959 apparaît de manière claire, la rédaction par trop imprécise de ces textes a toutefois fait naître de délicats problèmes d'application. Le régime auquel sont soumis les paiements internes comporte actuellement de nombreuses controverses.

D'autre part, avant la réforme, le régime juridique des clauses d'indexation était double. Paiements internes et paiements internationaux se trouvaient en effet soumis à des règles distinctes. Le texte des ordonnances ne paraissant pas distinguer entre ces deux situations, on peut dès lors se demander si l'opposition ancienne subsiste et, dans l'affirmative, dans quelle mesure elle se traduit par un régime de faveur au bénéfice des paiements internationaux.

Enfin, ces ordonnances ayant pour partie un effet rétroactif, se pose une question de droit transitoire pour les conventions antérieures à leur entrée en vigueur, question rendue d'ailleurs particulièrement délicate du fait de la succession des deux textes.

Ces remarques nous conduiront à diviser cette seconde partie en trois chapitres :

1. Le régime juridique des clauses d'indexation dans les paiements internes.
2. Le régime juridique des clauses d'indexation dans les paiements internationaux.
3. Le régime transitoire.

CHAPITRE PREMIER

Le régime juridique des clauses d'indexation dans les paiements internes.

223. — Le premier problème qui apparaît, lorsque l'on se trouve en présence d'une clause d'indexation, est de déterminer si cette clause est ou non valable. Le critère de validité précédemment dégagé est en effet à la fois délicat à appliquer et limité dans son domaine. En second lieu, les parties pouvant avoir affecté l'indexation de modalités particulières, va se poser la question de leur licéité. D'autre part, alors même que la clause serait régulière, sa mise en œuvre peut soulever de graves difficultés. Enfin, dans l'hypothèse où elle serait irrégulière, des sanctions devront être prises.

I. — LES CONDITIONS DE VALIDITE

224. — Dans l'étude que nous avons faite de l'article 14 § 1, nous avons raisonné en posant comme hypothèse de travail que ce texte était applicable à l'ensemble du domaine de l'indexation dans les paiements internes, or cela n'est pas parfaitement exact. Il ne s'agissait que d'une approximation ; si elle était acceptable, c'est que les ordonnances ont trait à la matière où les clauses sont de loin le plus fréquentes, à savoir le droit des obligations.

Mais, à côté de ce régime général, et du régime propre aux dettes d'aliments, subsistent trois autres régimes. Deux relèvent de textes spéciaux, le dernier n'est régi par aucun texte.

§ 1. — Le régime général (l'article 14 § 1).

L'article 14 § 1, lorsqu'il s'applique directement, détermine le régime général de l'indexation. Mais son domaine d'application n'étant pas universel doit être en premier lieu délimité.

A. — LE DOMAINE D'APPLICATION DE L'ARTICLE 14, § 1.

225. — L'ordonnance ne vise que « les dispositions statutaires et conventionnelles ». Que faut-il entendre par là ? Si le second terme ne pose pas de problème, chacun sachant ce qu'est une convention, le premier, en revanche, n'est pas très clair. Il semble qu'il recouvre les conventions collectives ou accords généraux homologués qui régissent le personnel, soit de la fonction publique, soit des entreprises nationalisées, soit même des grandes entreprises privées (1). Toutes les conventions, sans la moindre restriction, sont donc régies par ce texte.

On peut cependant se demander si les conventions collectives étendues par décisions ministérielles relèvent de ce texte et non plutôt de l'alinéa 1er de l'article 79 relatif aux indexations réglementaires. Il est difficile de répondre à cette question car les auteurs discutent de la question de savoir si la convention ainsi étendue conserve son caractère contractuel ou prend un caractère réglementaire (2). Les arguments donnés en faveur de la première solution paraissant les plus pertinents, il semble que l'on puisse admettre que, l'arrêté d'extension ne modifiant pas la nature de la convention collective, celle-ci est soumise à l'article 14.

226. — D'autre part, quoique ce texte ne vise expressément que les clauses d'indexation, ne convient-il pas de l'étendre aux clauses de révision ? Nous ne le pensons pas. Nous avons vu, en effet (3), qu'il existe une différence de nature essentielle entre ces deux types de clauses ; seules, les premières produisent un effet automatique. Il en résulte que si les clauses d'indexation placent les conventions où elles sont stipulées sous un régime valoriste, les clauses de variation, en revanche, les soumettent à un régime nominaliste. Par

(1) En ce sens : FAU et DEBEURAIN, *loc. cit.*, Ann. Loy., 1959, 233, n° 18. Revue Fiduciaire, juin 1959, p. 5. A. LEHNARDT, *loc. cit.*,

(2) Ainsi MM. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du Travail*, P.U.F., 1956, p. 236, estiment que « la convention étendue devient, dans son champ d'application territorial, le règlement de la branche qu'il concerne ». En revanche, MM. ROUAST et P. DURAND affirment que « l'extension n'a pas pour effet de soumettre les membres de la profession à une situation réglementaire ». Sur cette question cf. P. DURAND, *Les effets de l'arrêté d'extension*, Dr. Soc., 1956, 214.

(3) Cf. ci-dessus, n° 9.

suite, il apparaît impossible d'exiger des contractants le respect de l'article 14, lequel réglemente le valorisme, alors qu'ils se sont placés sous le signe du nominalisme. Cependant, les avantages pratiques de l'indexation interne sont tels pour les parties qu'elles ont intérêt à retenir de leur propre mouvement une référence de ce type. On ne saurait trop le leur conseiller.

227. — Enfin, dans certains cas, il est difficile de savoir si l'on est ou non en présence d'une convention indexée. Sans doute un prêt de matière première ou de marchandise quelconque ne peut-il être considéré comme un prêt indexé et n'est-il pas régi par cette ordonnance, mais il existe des cas limites. Ainsi un prêt de valeurs mobilières ne constitue pas en principe un prêt indexé ; cependant il est parfois possible d'en décider autrement (4).

Une dame Sargenton avait prêté à un sieur Corbel une somme de 500.000 francs ; il était indiqué dans l'acte que cette somme provenait de la vente de 17 actions de la Société Générale des Eaux de Vittel. Le remboursement devait être de cette somme, étant entendu que, en cas de hausse des actions, la différence des cours bénéficierait à cette dame afin qu'elle ne subisse « aucun préjudice par rapport à la situation qui eût été la sienne si elle avait conservé les actions dont s'agit ». Le sieur Corbel estimait que ce contrat constituait un prêt indexé et que la clause devait être annulée comme étant « sans rapport avec la cause du prêt ». La dame Sargenton affirmait au contraire qu'il s'agissait d'un prêt de valeurs mobilières. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de Paris (5). La qualification donnée par la Cour est critiquable ; ce sont bien des espèces qui avaient fait l'objet de la convention ; il s'agissait donc d'un contrat de prêt d'argent. La référence aux actions vendues ne pouvait constituer qu'une indexation. Dès lors que l'on se trouve en présence d'une monnaie de compte, il est certain qu'il y a indexation (6). Quoi qu'il en soit, cette espèce montre qu'il est parfois bien délicat de savoir si l'on est ou non en présence d'une convention indexée. Deux conventions, économiquement semblables, peu-

(4) Civ., 8 mai 1950, J.C.P., 1950.II.5602, note Delaire, S. 1951.I.20. On remarquera que cette clause avait été recommandée par M. le Professeur H. MAZEAUD, *Cours de Droit civil*, licence 2^e année, 1955-1956, p. 595 et suiv., alors que la validité du prêt indexé était discutée. Cette clause permettrait de nos jours de tourner la réglementation de l'indexation.

(5) Paris (5^e Ch.), 2 décembre 1960, G.P., 1^{er} avril 1961, Rép. Not., 1961, art. 28.042. Cf. de même : Angers, 8 novembre 1961, Rép. Not., 1961, art. 28.042.

(6) L'indication d'un prix par simple référence à un autre prix ne semble ainsi pas pouvoir constituer une indexation, puisqu'il n'y a pas là véritablement une monnaie de compte. En ce sens : Rép. Min., J.O., déb. Sénat, 15 février 1962, p. 852. L'article 14, § 1, ne peut dès lors recevoir application.

vent recevoir deux qualifications juridiques différentes qui les soumettent à deux régimes opposés. En fait le juge qualifiera de telles conventions moins en fonction de leurs caractéristiques que du régime auxquelles elles lui paraîtront devoir être soumises.

B. — APPLICATION DE L'ARTICLE 14, § 1.

Nous dégagerons en premier lieu les principes généraux qui dominent le régime, puis nous chercherons à les appliquer aux principales conventions.

a) *Les principes généraux.*

228. — Les clauses d'indexation du premier groupe, celles qui reflètent le mieux la notion de société, incontestablement valables, ne posent pas de problèmes autres que ceux que nous avons déjà résolus. Il en va de même des clauses-or et valeurs étrangères. En revanche, les clauses du second groupe sont parfois difficiles à distinguer de certaines clauses que nous avons classées dans le troisième groupe. Pratiquement, il s'agit des clauses prévues par l'ordonnance de 1959. On ne saurait s'en étonner, le législateur ne s'étant justement soucié que des clauses les plus douteuses : celles retenant le prix de biens, produits ou services ayant une relation directe avec l'objet de la convention ou l'activité de l'une des parties.

229. — Tout d'abord, que doit-on entendre par objet de la convention ? « On sait ce qu'est l'objet d'une obligation : c'est ce que le débiteur doit faire ou s'abstenir de faire, remarque M. le Professeur Esmein (7). On se demande ce que peut être l'objet d'une convention. On peut comprendre par là ce que chaque partie entend obtenir grâce à cette convention ». En fait, cette notion n'est pas juridique ; c'est ce qui cause la difficulté d'interprétation. Ne pouvant admettre la conception étroite qui consiste à assimiler la notion d'objet de la convention à celle d'objet de l'obligation, nous sommes conduits à donner à celle-là son sens vulgaire (8), son sens le plus large.

Devra-t-on néanmoins distinguer l'objet du but (9) ? D'aucuns l'ont pensé, estimant que si l'on retenait la considération du but il serait nécessaire de tenir compte de la destination donnée par le débiteur au bien, produit ou service concerné par la convention, alors qu'une telle recherche ne peut être entreprise par le tribu-

(7) Note sous Paris (5^e Ch.), 2 décembre 1960, J.C.P., 1961.II.11927.

(8) En ce sens : J.-Ph. LÉVY, *loc. cit.*, J.C.P., 1959.I.1472. De même : L. PAGE, *loc. cit.*, Jour. Not., 1959, art. 45.775. J. NOIREL, *loc. cit.*, n° 45.

(9) Cf. J. CARBONNIER, *Droit civil* (2^e éd.), T. II, p. 18.

nal (10). Mais il nous semble critiquable de vouloir ainsi restreindre le sens du mot objet ; l'idée de société ne l'impose nullement. Ce qui est important, c'est que l'indice soit en rapport avec un élément essentiel de la convention, de telle sorte qu'une association réelle existe entre les parties ; tout objet, dans le sens le plus large du terme, qui permet d'atteindre cette fin, doit être tenu pour valable au sens de l'ordonnance.

230. — D'autre part, quelle « activité de l'une des parties » devra-t-on retenir ? Faudra-t-il admettre toute activité, ou seulement leur activité professionnelle ? Certains auteurs ont penché en faveur de la seconde solution (11). Sans doute l'activité professionnelle sera-t-elle la plus pratique et la plus fréquemment retenue, mais on ne voit pas pour quelle raison les autres activités devraient être écartées (12). A partir du moment où toute autre activité permettra d'assurer réellement une association, dans le cadre du contrat, entre les parties, elle pourra servir de fondement à une indexation, dès lors du moins qu'elle ne sera pas trop accessoire.

Une difficulté pourra naître dans le cas où l'une des parties changerait d'activité. La convention devra-t-elle être modifiée en conséquence, ou restera-t-elle valable ? Les conditions de validité des clauses d'une convention devant être examinées au jour de la conclusion de celle-ci, il ne semble pas que cette circonstance puisse remettre en cause l'existence de la clause d'indexation, et, par contre coup, celle de la convention (13). Son seul effet sera de bloquer la clause au jour où le contractant aura changé d'activité.

Un second problème a été soulevé par M. Page (14), qui s'est demandé, au cas où l'on a choisi l'activité d'un salarié, s'il convient de retenir le salaire de la fonction ou de la catégorie professionnelle indiquée dans le contrat, ou s'il faut suivre le salaire propre du contractant. Autrement dit, l'activité professionnelle doit-elle être considérée abstraitement dans son évolution propre, ou concrètement, en fonction de la situation réelle du salarié ? Cet auteur, désireux d'assurer la stabilité de la convention, opte en faveur de la première solution. Nous retiendrons plutôt la seconde pour cette raison que l'ordonnance, en suscitant une association entre les parties, a entendu resserrer les liens entre les contractants. *L'intuitus personæ* ne peut jouer que si l'on se place sur le plan concret.

(10) FAU et DEBEAURAIN, *loc. cit.*, Ann. Loy., 1960, p. 81, n° 34. Revue Fiduciaire, juin 1959, p. 5 et suiv.

(11) En ce sens : FAU et DEBEAURAIN, *loc. cit.*, n° 38.

(12) En ce sens : L. PAGE, *loc. cit.*, Jour. Not., 1959, art. 45.775.

(13) En ce sens : FAU et DEBEAURAIN, *loc. cit.*, n° 36.

(14) L. PAGE, *loc. cit.*, Jour. Not., 1959, art. 45.986.

230 bis. — D'autre part, il est prévu que l'indice ne sera valable que s'il est en « relation directe » avec l'objet de la convention ou l'activité des parties. La Cour de cassation a estimé que l'appréciation de ce rapport est une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond (15). On peut se demander s'il y a vraiment là une question de fait. En pratique, une ligne directrice peut cependant être tracée : elle est indiquée par le but des ordonnances. Il y a relation directe lorsque la participation créée présente un lien suffisamment étroit avec la convention principale, lorsqu'elle s'intègre à elle de manière telle qu'elle atténue sensiblement le caractère antagoniste des obligations principales.

231. — Enfin, on peut se demander ce qu'il faut entendre par « niveau général » des prix et des salaires. Au vrai la question est délicate puisque toute de nuance, et ne semble pas pouvoir recevoir une réponse générale absolument satisfaisante. On remarquera toutefois que, dans la majorité des cas, un indice trop général ne pourra que difficilement être tenu pour un indice spécifique et sera dès lors de toute manière illicite.

La jurisprudence semble, avec raison, vouloir se montrer assez stricte sur ce point. Les considérations économiques l'imposent : il faut éviter une trop grande rigidité en matière de prix et particulièrement le renforcement des liens entre les salaires et les prix. Ainsi, une indexation sur la retraite des cadres textiles a été tenue pour trop générale du fait que le point de retraite est calculé en proportion du niveau des rémunérations effectives de l'ensemble des cadres (16).

b) Application aux principales conventions.

L'application aux principales conventions du nouveau régime de l'indexation ne soulève de difficultés que dans le cas où les parties ont employé une clause marginale. C'est donc essentiellement cet aspect de la question que nous envisagerons.

1. Le contrat de vente.

232. — Pour ce contrat, l'indice devra normalement être choisi de telle sorte que le prix stipulé dans la convention varie proportionnellement à la valeur de la chose vendue. Deux exemples permet-

(15) Cass. com. 4 mars 1964, J.C.P. 1964.II.13713, note Esmein. Voir : Trib. civ. Seine 13 juin 1961, J.C.P. 1962.II.12453, note B. B.

(16) Amiens, 28 juillet 1961, Jour. Not., 1962, p. 214, note L. Page, Rec. Gén. Lois et Arrêts, 1962.137, note Stark.

tront de voir comment les pouvoirs publics et la jurisprudence entendent cette proposition (17).

En matière de cession d'office ministériel, et plus particulièrement d'une étude d'huissier, une lettre de M. le Garde des Sceaux à M. le Président de la Chambre Nationale des Huissiers de Justice (18) précise le mode d'application du régime nouveau. Il reconnaît la validité d'un indice complexe calculé en fonction de la moyenne des émoluments alloués pour l'exploit d'huissier ordinaire, pour l'exploit relatif à une procédure suivie devant la Cour d'appel, pour le procès-verbal, pour le protêt simple et pour les citations en matière pénale (19). Ainsi le cédant va pouvoir bénéficier des hausses de tarifs consécutives à la dépréciation de la monnaie dans le même temps où le cessionnaire va voir son revenu s'accroître ; ils vont tous deux suivre le même destin. Ce, d'autant plus que la clause est évidemment réciproque et pourra jouer éventuellement en cas de baisse des tarifs.

233. — En ce qui concerne les ventes d'immeubles (17 bis), une distinction s'impose selon que l'immeuble vendu est en cours de construction ou déjà achevé. Dans le premier cas, l'indexation sur le coût local de la construction est valable car elle présente un lien suffisamment étroit avec l'objet de la convention. Une réponse ministérielle l'a reconnu (20), et nous avons vu l'importance de cette source de droit en l'absence de travaux préparatoires. C'est donc sans surprise que l'on a pris connaissance du jugement du Tribunal d'instance de Valence qui a statué en ce sens (21). Dans le second cas, au contraire, le même ministre doute que cet indice, quand bien même il serait affecté d'un coefficient de vétusté, puisse être admis. Il estime que la relation avec l'objet du contrat ne serait pas suffisamment directe (22). La solution nous paraît sévère mais justifiée, cet indice serait alors trop général.

(17) On trouvera au Journal des Notaires, 20 juin 1961 (supplément), une formule concernant la vente d'une ferme.

(17 bis) Voir : BRACKER'S d'HUGO, *L'indexation de la rente pour prix de la vente d'un immeuble*, Lois nouv. 1964.89.

(18) Revue des Huissiers de Justice, 1959, 273.

(19) On remarquera qu'afin d'assurer une correspondance aussi étroite que possible entre l'indice et la valeur de l'office il a été admis que lorsqu'une étude ne délivrerait pas de citations en matière pénale, cet élément serait supprimé lors du calcul de l'indice.

(20) Réponse de M. le Ministre des Finances et des Affaires Economiques, J.O., déb. Sénat, p. 91, 22 avril 1959 : « Sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, un contrat de vente d'immeuble neuf en cours de construction peut comporter une indexation du prix de vente sur le coût de la construction. »

(21) Trib. Inst. Valence, 21 octobre 1959, Ann. Loy., 1959, 752.

(22) J.O., Déb. A.N., 22 octobre 1959, p. 1564.

Il a de même été jugé très justement que, aucune des parties n'étant intermédiaire de Bourse de valeur, la vente d'une officine de pharmacie ne pouvait contenir une indexation sur l'emprunt 5 % 1956 dit « emprunt Ramadier » (23).

2. Le contrat de louage.

234. — Pour les baux d'habitation deux régimes doivent être distingués : l'un résulte de la loi du 1er septembre 1948, nous l'étudierons plus tard ; l'autre, qui s'applique hors du domaine de cette loi, relève du régime général. L'indice le plus pratique dans ce cas sera sans doute l'activité de l'un des contractants.

Il a ainsi été reconnu qu'une société de construction peut indexer ses contrats de bail sur le coût de la construction (24). Cette position est parfaitement justifiée puisque l'indexation retenue va faciliter à la société la poursuite de son activité indépendamment de toute variation de prix. Cet exemple montre que, parfois, bien qu'elle soit en général nuisible, la clause d'indexation sur l'activité du créancier peut être économiquement bénéfique.

235. — En ce qui concerne les baux commerciaux (25), l'indexation devra normalement porter sur l'activité du débiteur. Ce sera le choix le plus simple, le plus efficace et le plus sûr. D'ailleurs des difficultés sont déjà apparues dans des hypothèses où les parties avaient retenu un indice différent, en fait il s'agissait toujours d'indexation sur le salaire d'un travailleur du bâtiment.

Dans cette hypothèse la question qui se pose est simple. Existe-t-il ou non un rapport direct entre ce salaire et l'objet du bail ? Or, les commentateurs lui ont donné des réponses divergentes (26), de même que les magistrats (27). Là encore, c'est au but de la loi qu'il

(23) Trib. Gde Inst. Boulogne-sur-mer, 18 mai 1962. G.P., 1962.II.198 ; voir, sur cet arrêt : M. de JUGLART, Rép. Not., 1963, n° 28.370, p. 145.

(24) J.O., Déb. A.N., 26 mars 1960, p. 334. Voir, dans le même sens : Trib. Gde Inst. Seine, 5 mars 1962, Jour. Not., 1963.182, note L. Page, J.C.P., 1962.II.12852.

(25) A noter que l'existence d'une clause d'indexation ne fait pas obstacle à la révision triennale prévue par l'article 27 du décret du 30 septembre 1953 (en ce sens notamment : Cass. com., 3 mai 1960, Bull. Cass., p. 141, Actua. Jur., 1960.93, note Fourgoux). C'est là un exemple de la supériorité du valorisme légal sur le valorisme contractuel qui se manifeste aussi en matière de rentes viagères, voir ci-dessous, n° 246.

Il a, d'autre part, été jugé que l'exercice de l'action en révision légale n'implique pas renonciation au bénéfice de la clause d'indexation : Cass. Com., 3 juin 1958, Bull., p. 185.

(26) Sur cette controverse, voir : P. ESMEIN, *La querelle des indexations*, G.P., 1963.I, doct., 21.

(27) Pour l'affirmative : Trib. Gde Inst. Seine, 13 juin 1961, J.C.P., 1962. II. 12453, note B.B., Jour. Not., 1962, p. 312, note L. Page (favorable), voir les observations critiques de M. le Professeur Jauffret à la R.T.D. Com., 1963,

convient de se référer. Le législateur a voulu éviter qu'un trop grand nombre de conventions comportent le même indice, ce qui est un facteur de rigidité économique. Dès lors une telle clause, qui semble avoir été une clause passe-partout avant 1958, paraît devoir être condamnée. Au surplus on relèvera que le rapport entre cet indice et l'objet du contrat est trop indirect pour pouvoir entrer dans la définition légale.

236. — Autre contrat de louage à n'être pas régi par des textes spéciaux : le contrat de louage de service doit lui aussi satisfaire à l'article 14. Les indices les plus fréquemment utilisés sont ceux du premier groupe, mais il est tout à fait possible de stipuler que le salaire « variera avec le prix des marchandises produites par l'employeur, fruit direct du travail du salarié, lequel fait l'objet du contrat » (28).

3. *Le contrat d'assurance.*

237. — En cette matière, il est de nombreux cas où l'ordonnance de 1959 ne modifiera pas la pratique antérieure déjà orientée vers l'indexation interne (29). M. le Ministre des Finances et des Affaires Economiques a d'ailleurs indiqué les solutions applicables en ce domaine (30). Les assurances de biens ou dommages immobiliers seront normalement indexées, primes et capital, sur le coût de la construction ; de même, l'assurance bris de verres et glaces le sera sur le prix de ces derniers (31). L'assurance des risques concernant les personnes sera plus difficile à indexer, c'est pourquoi le Ministre consulté a prôné le développement des sociétés d'assurance sur la vie dans lesquelles le bénéficiaire de la garantie obtient une participation dans les bénéfices financiers réalisés par l'assureur.

Il est de même fort délicat, sinon impossible, sous le régime de l'ordonnance de 1959 (32), d'indexer l'assurance responsabilité. L'objet de cette convention étant par nature indéterminé ne per-

236 ; 28 février 1963, G.P., 1963.I.351. Pour la négative : Trib. Gde Inst. Seine (Réf.), 31 mars 1962, G.P., 1962.II.27, et observations Jauffret, R.T.D. Com., 1962.638 ; Paris, 28 juin 1962, G.P., 1962.II.196, J.C.P., 1962.II.12896, Jour. Not., 1963.179, note L. Page ; Paris, 7 mai 1963, Jour. Sp. Soc., 1964, n° 2.

(28) R. SAVATIER, *loc. cit.*, D. 1959, doct. 63. Sur cette question : A. PHILBERT, *Le problème de l'échelle mobile des salaires*, Dr. Social, 1952, 592.

(29) Cf. ci-dessus, n° 128.

(30) Lettre de M. le Ministre des Finances adressée à la Fédération Française des Sociétés d'Assurance le 20 avril 1959. Rapportée à la Rev. Gén. Ass. Terr., 1959, p. 264.

(31) Cf. sur cette question, R. SAVATIER, *loc. cit.*, D. 1959, chr. 63.

(32) Jusqu'en 1958 c'était l'indice du coût de la vie qui était généralement retenu, mais il est désormais interdit. Cf. réponse ministérielle, J.O., déb. Sénat, 2 février 1960, p. 16.

met aucun rattachement avec une valeur patrimoniale quelconque. L'indexation sur l'activité de l'assuré n'est guère plus concevable car on ne peut prétendre introduire une clause reposant sur l'*intuitus personae* en ce domaine ; de plus, elle n'assurerait pas l'équilibre financier des compagnies. Seul reste donc possible *a priori* l'indexation sur l'activité de l'assureur, mais il est fort délicat de dégager un indice susceptible d'en rendre compte. C'est cette solution qui a été retenue par le Ministre ; la difficulté pourrait d'ailleurs être résolue par sa proposition : l'indice serait « le coût moyen des sinistres réglés par les assureurs et serait déterminé par mes services sur la base des documents statistiques et comptables produits par les organismes d'assurance ». Si ce procédé devait être appliqué, sa validité ne saurait être mise en doute.

Une dernière difficulté va apparaître dans le cas des assurances combinées. Deux solutions peuvent être envisagées : indexer l'ensemble du contrat en fonction du risque principal, ou calculer l'indice en fonction des différents risques couverts soigneusement pondérés. C'est la première qui a été proposée par le Ministre ; il est probable que sa simplicité l'imposera et que les tribunaux en reconnaîtront la validité.

4. Le contrat de prêt.

238. — Ceux qui estimaient que la notion d'« objet du contrat » devait être distinguée de celle de « but », affirmaient que les clauses d'indexation ne pouvaient être insérées dans un contrat de prêt. Ainsi M. le Doyen Savatier, depuis toujours hostile au prêt indexé, disait dans une première chronique : « A la vérité, nous pensons qu'une indexation du principal ou des intérêts de la somme remboursable n'est jamais en relation directe avec l'objet du contrat de prêt d'argent, cet objet consistant précisément en numéraire » (33).

Mais nous savons que cette conception étroite doit être écartée ; cet auteur l'a d'ailleurs récemment reconnu et il admet qu'un professionnel indexe un contrat de prêt sur « les marchandises ou services qu'il achète, vend ou utilise dans son métier » (34). Il suggère même tout particulièrement « la clause d'indexation dont l'étalon serait la matière même de l'emploi auquel l'emprunt est destiné » (35). Cette formule a l'avantage de rendre plus aisée l'indexation des prêts à la production que celle des prêts de consommation ; tel a bien été le but de la loi.

(33) R. SAVATIER, *loc. cit.*, D. 1959, chr. 63.

(34) R. SAVATIER, *note cit.*, D. 1960.767.

(35) Mais M. le Professeur ESMEIN, *note cit.*, J.C.P., 1961.II.11927, est plus large : il admet que la relation directe avec l'objet de la convention existe

5. La donation.

239. — Les donations constituant des conventions, elles devraient pouvoir être indexées selon les règles posées par l'article 14 de l'ordonnance de 1959. Mais d'aucuns ont soutenu que des principes propres à la matière interdiraient cette pratique. Ils estiment que l'indexation des libéralités se heurte à la règle de l'article 894 du Code civil aux termes duquel :

« La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte ».

Ce texte interdirait l'indexation car, devant être réciproque, celle-ci pourrait, en cas de baisse de l'indice, avoir pour effet de réduire, et même, à la limite, d'anéantir la donation telle qu'elle se présentait au jour de sa constitution. Un tel résultat serait contraire au principe de l'irrévocabilité des donations.

240. — La Cour de Cassation (36) a fait litière de cette analyse tendancieuse. Ce qui fait l'objet de la donation, ce n'est pas une somme nominale fixée susceptible de variations à la volonté du seul débiteur, mais un certain pouvoir d'achat évalué en fonction d'un indice jugé particulièrement révélateur. Ce n'est pas 100 francs mais $(100 \times a)$ francs, qui constituent la dette. L'indexation pourrait être prohibée s'il était interdit de procéder à la donation d'une valeur indéterminée, mais il n'en est rien ; une telle donation est valable.

Lorsque le donateur indexe son contrat, il ne fait que déterminer les modalités de l'obligation qu'il crée ; il n'y a rien de répréhensible à cela. Tout ce que l'on doit exiger de lui, c'est qu'il ait clairement et définitivement fixé les éléments qui permettront, à l'échéance, de déterminer le montant de la libéralité. Le montant de la donation peut être indéterminé, mais dans ce cas, les éléments de son calcul doivent être tels qu'ils permettent, au moment voulu, de connaître exactement la mesure des obligations du donateur.

Ainsi la Cour a-t-elle affirmé que l'indexation « ...ne heurte aucunement... la règle de l'article 894 du Code civil puisque le dona-

« dans le cas d'un emprunt d'argent, quand il est stipulé que la somme prêtée doit être employée à l'achat de biens dont le prix est pris pour indice ». Ainsi le *Journal des Notaires*, 20 juin 1961 (supplément), propose-t-il l'indexation de fonds empruntés en vue de la construction d'une maison sur le coût de la construction.

(36) Cass. civ. (1^{re} sect. civ.), 30 juin 1959, G.P., 1959.II.198, S. 1960.137, note J. Prévault et observations H. L. Mazeaud, R.T.D. Civ., 1960, p. 120. On remarquera que l'affaire avait été soumise à la Cour de Paris sous un aspect très différent : Paris, 2 juillet 1953, G.P., 1953.II.340.

teur se trouve, dès à présent, irrévocablement, obligé aux prestations futures dont il a déterminé les modalités » (37).

Le particularisme de la matière n'interdit donc pas l'indexation ; une donation peut aussi bien être faite en valeur réelle qu'en valeur nominale. Mais les donations étant des conventions doivent sans aucun doute être soumises aux prescriptions de l'article 14.

Une donation se présente sous un aspect un peu particulier : il s'agit de la constitution de dot. Dans ce cas, en effet, se juxtaposent aux règles des libéralités celles des régimes matrimoniaux.

6. *Le contrat de mariage.*

241. — L'arrêt de la Cour de Cassation que nous venons d'évoquer a été rendu dans une affaire de dot. Sa double nature d'acte gratuit et d'acte onéreux n'empêche pas la dot d'être indexée (38). Seul le choix de l'indice va soulever quelque difficulté. Il faut en effet suivre les prescriptions de l'article 14 en une matière qui ne s'y prête guère. Dans l'affaire soumise à la Cour de Cassation, le père avait indexé la rente sur le prix du blé. Cela correspondait au caractère alimentaire de la dot, mais ce lien avec l'objet de la convention peut paraître trop lâche. En règle générale, il semble que la seule référence possible soit l'activité du donateur, encore n'est-elle pas en rapport avec le but de la dot. Les besoins de la pratique sont ici bridés par la nouvelle réglementation de l'indexation.

Cette remarque est générale, elle vaut pour l'ensemble de la matière. Tout le droit des régimes matrimoniaux est en effet touché par la dépréciation monétaire (39) et la généralisation à l'ensemble de son domaine de la pratique de l'indexation pose essentiellement des problèmes de mise en œuvre.

Pour lutter contre l'instabilité monétaire, les praticiens ont développé l'usage des clauses d'annexe de propre de même que la jurisprudence et le législateur ont procédé au report de la date d'évaluation, mais ces mesures ne pouvaient avoir qu'un effet assez faible (40) ; l'indexation reste le procédé le plus efficace.

(37) Rapprocher la jurisprudence récente sur le marché à forfait, ci-dessus, n° 198.

(38) Cf. J. PRÉVAULT, *Validité d'une constitution de dot sous forme de rente viagère assortie d'une clause d'indexation*, Rec. Gén. Lois, Déc. et Arr., 1960.541.

(39) Sur cette question cf. A. COLOMER, *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux*, Thèse, Paris, 1953. FREYRIA, *Les moyens d'éviter, dans les contrats de mariage, les conséquences de la dépréciation de la monnaie*, R.T.D.C., 1951, p. 331.

(40) Sur ce point, cf. P. HÉBRAUD, *L'instabilité monétaire et les règlements d'intérêts familiaux*, *Mélanges Ripert*, p. 499.

242. — Il est licite d'insérer des clauses d'indexation dans un contrat de mariage puisqu'il s'agit d'une convention et que ces clauses ne heurtent pas les principes fondamentaux du droit matrimonial. Sur le premier point aucun doute ne peut se faire jour ; ceux qui auraient pu apparaître sur le second ont été écartés par M. Colomer : « L'échelle mobile réalisant une adaptation automatique des créances à la conjoncture économique, les clauses d'échelle mobile ne se heurtent point au principe d'immutabilité ni à la règle de l'article 1453 du Code civil » (41). C'est l'automatisme inhérent à ces clauses qui leur donne droit de cité en matière matrimoniale. Leur défaut d'automatisme condamne par contre les clauses de variation (42).

Mais l'insertion de clauses d'indexation dans les contrats de mariage soulève certaines difficultés techniques relatives en premier lieu au choix de l'indice.

243. — Ainsi, sans doute, est-il théoriquement possible d'indexer l'apport d'une somme d'argent fait par l'un des époux (43), à condition d'y procéder dans le contrat de mariage ; mais quel indice pourra-t-on retenir ? Aucun ne nous paraît *a priori* possible ou adéquat. — Remarquons que le nouveau régime des indexations met un frein sérieux à l'extension de l'indexation ; sans doute peut-on regretter que des situations dignes d'intérêt ne puissent échapper à la dépréciation, mais il ne faut pas oublier que ce sont les prêts à la production que l'on a entendu favoriser au détriment des conventions moins utiles à l'intérêt général.

244. — C'est la question des récompenses qui se pose avec le plus d'acuité. En effet, toutes les fois qu'une récompense est due, la masse débitrice s'enrichit au dépens de l'autre. On peut prévoir dans le contrat de mariage que lorsque le remploi imposé n'aura pas été effectué, la récompense due sera indexée, et, dans ce cas, le choix de la référence sera aisé, un rattachement s'impose : le bien aliéné ; on se rapportera à la valeur réelle ou supposée du bien aliéné au jour de la dissolution de la communauté.

Une telle clause serait sans doute validée par la jurisprudence. Le Tribunal de grande instance de la Seine n'a-t-il pas décidé (44)

(41) A. COLOMER, *Contrat de mariage et échelle mobile*, Rec. Gén. Lois, Déc. et Arr., 1956.577. En ce sens : R. SAVATIER, *Peut-on remédier dans les contrats de mariage à l'insécurité causée dans les rapports entre époux par l'instabilité de la monnaie*, Rép. Not., 1948, p. 169 et suiv. O. KUHNMUNCH, *loc. cit.*, n° 57.

(42) En ce sens : A. COLOMER, *Thèse cit.*, p. 201, n° 184.

(43) R. SAVATIER, *article précité*, n° 6.

(44) Trib. Gde Inst. Seine, 27 mai 1960, J.C.P., 1961.II.11892, note P. Voirin, G.P., 19 octobre 1960. Rapprocher : Riom, 5 février 1964, J.C.P. 1964.II.13627, note Esmein.

que, un mari n'ayant pas effectué, malgré une clause impérative, le remploi auquel il était tenu, la récompense devait être calculée par un expert, compte tenu de la dépréciation monétaire ? Sans doute le tribunal invoque-t-il, pour justifier sa décision, la faute commise par le mari, et affirme-t-il que la réparation due consistera en la différence entre la valeur reçue par la communauté et la valeur actuelle du bien ; il n'en reste pas moins que, techniquement, il procède à la réévaluation de la somme entrée dans la communauté.

Il serait souhaitable que cette clause soit retenue par les praticiens et validée par les tribunaux. Elle assurerait la justice et l'équité dans les relations matrimoniales. Il est remarquable que l'on atteindrait le même résultat en insérant une clause prévoyant le report de la date d'évaluation puisque, dans les deux cas, ce serait la valeur du bien au jour du partage qui serait retenue. Le lien du problème de l'indexation et de celui de la date d'évaluation apparaît à nouveau. L'indexation interne le souligne de manière particulièrement nette.

7. Le contrat de rente viagère.

245. — Le contrat de rente viagère est celui qui soulève le plus de difficultés relativement à l'indexation. En premier lieu est apparu un conflit entre valorisme légal et valorisme contractuel. En second lieu des hésitations sur le régime qui lui est applicable subsistent toujours.

On s'était longtemps demandé si les lois revalorisant les rentes viagères devaient être, dans le silence du législateur, appliquées aux contrats indexés, ce qui aurait pour effet d'amoindrir l'intérêt du choix du valorisme contractuel. La Cour de cassation ne l'avait pas admis (45) au motif que : « les majorations, qui suivent la dépréciation du pouvoir d'achat de la monnaie, par le jeu de l'échelle » mobile, et avec l'aléa inhérent à celle-ci accepté par les parties, » ne saurait se cumuler avec le bénéfice supplémentaire de majorations légales éventuellement supérieures, prévues pour remédier à la continuation du préjudice résultant pour le crédit rentier de la fixité de sa rente ».

Cette jurisprudence nous paraissait parfaitement fondée. Lors de la rédaction du contrat, les parties avaient le choix entre le nominalisme et le valorisme ; à partir du moment où elles ont choisi de faire face seules à la dépréciation monétaire il n'y a plus lieu d'intervenir.

(45) Cass., 1^{re} civ., 25 mai 1960, G.P., 1960.II.268.

246. — Mais le législateur a réagi contre cette conception restrictive dans la loi de finances rectificative du 2 juillet 1963 dont l'article 15 IV étend aux rentes indexées le bénéfice des revalorisations légales (46). Désormais les crédits rentiers bénéficieront donc d'une double protection. Ou bien l'indexation aura produit son effet normal, et le crédit rentier se trouvera automatiquement garanti contre la hausse des prix. Ou bien elle n'aura eu que des effets minimes, et il pourra demander la revalorisation légale.

De la sorte le législateur a établi une hiérarchie entre les valorismes, comme il l'avait déjà fait en matière de baux commerciaux (47). Le valorisme légal s'impose à tous, même à ceux qui ont pris soin de prévoir une indexation. D'autre part, nous l'avons vu, par application de l'article 1134 du Code civil, le valorisme contractuel s'impose aux juges et limite le valorisme judiciaire. Ainsi s'établit une gradation qui conduit du valorisme noble, le valorisme légal, au valorisme toléré, le valorisme contractuel, pour aboutir au valorisme de secours, le valorisme judiciaire.

247. — Mais on peut même se demander si le législateur n'a pas poussé plus avant sa mansuétude à l'égard des crédits rentiers. En effet, aux lendemains de la publication de l'article 14, les auteurs avaient remarqué qu'il serait en la matière difficile de déterminer des indices spécifiques (48), le seul réellement adéquat étant l'indice du coût de la vie par ailleurs prohibé (cela était normal, puisque ce contrat touche à la consommation et non à la production). Or, une loi du 13 juillet 1963 peut être interprétée comme supprimant l'exigence de l'indexation interne pour les contrats de rente viagère, si l'on admet une interprétation extensive de son article 4 relatif aux dettes d'aliments. C'est au regard de cette dernière question, plus générale, qu'il convient d'examiner ce texte.

§ 2. — Le régime applicable aux dettes d'aliments.

248. — En ce qui concerne les dettes d'aliments, les restrictions apportées par l'article 14 de l'ordonnance de 1959 ne sont pas applicables. Toutes les clauses d'indexation sont licites, à l'exception toutefois des clauses-or et monnaie étrangère dont la prohibition générale, fondée sur le principe que seul le franc a valeur libé-

(46) Sur ce point, voir : Y. BÉCHADE, *Les aménagements apportés en 1963 à la législation sur la révision des rentes*, J.C.P., 1963.I.1800 ; P. ESMEIN, *Nouvelles dispositions légales sur la majoration des rentes entre particuliers*, G.P., 1963.II, doct. 56.

(47) Ci-dessus, n° 235.

(48) Sur ces difficultés, voir par exemple : Réponses ministérielles, J.O., déb. A.N., 11 mars 1961, n° 8815 et J.O., déb. A.N., 11 octobre 1962, p. 3290 ; et les indications données au *Journal des Notaires* du 20 juin 1961 (supplément).

ratoire sur le territoire national, ne peut être écartée en la matière. Seule l'exigence de l'indexation interne se trouve donc supprimée par l'article 14 de l'ordonnance de 1959.

En pratique, cette exception permettra essentiellement aux contractants de retenir l'indexation sur le coût de la vie.

249. — Mais la détermination du champ d'application de cette exception soulève de délicats problèmes. L'expression dette d'aliments n'est en effet pas aussi explicite que l'on pourrait penser (49), bien qu'elle ait été quelque peu éclairée par la loi du 13 juillet 1963.

Dans sa rédaction de 1959, le texte de l'article 14 semblait devoir être interprété de manière stricte. Quoique certains auteurs aient estimé que toute rente viagère devait être tenue pour une dette d'aliment (50), la majorité de la doctrine s'était prononcée en sens contraire (51).

S'appuyant sur les réponses ministérielles (52) et sur un arrêt de la Chambre criminelle du 20 mars 1952 (53) qui avait précisé que « le droit aux aliments est fondé sur un devoir de famille, que l'obligation qui en résulte... ne peut naître que de la loi », les commentateurs avaient estimé qu'entraient dans le domaine de l'exception les seules conventions passées entre un débiteur d'aliment et son créancier relativement à cette obligation.

Ces conventions auraient été celles ayant trait à l'obligation alimentaire existant entre ascendants et descendants légitimes (art. 205 du Code civil), entre alliés en ligne directe (art. 206) ; entre époux (art. 212), entre adoptant et adopté (art. 263), entre parents et enfants adultérins ou incestueux (art. 342) et les pensions alimentaires accordées en cas de divorce (art. 301) (54), ou à l'époux survivant (art. 205).

Ainsi comprise, l'exception n'en était une qu'en apparence. En effet, dans tous ces cas, la rente n'est jamais fixée à titre définitif, elle peut toujours être révisée. La simple dépréciation de la monnaie

(49) Sur cette question, cf. H. SINAY, *Les conventions sur les pensions alimentaires*, R.T.D.C., 1954.228.

(50) En ce sens, J. DEFRÉNOIS, *loc. cit.*, Rép. Not., 1959, art. 27.762. Cependant, se pliant à la doctrine dominante, cet auteur était revenu sur son opinion : Rép. Not. art. 27.852. M. BÉRAUD, *Ann. Loyers*, 1959.685.

(51) R. SAVATIER, *loc. cit.*, D. 1959, chr. 63. J.-Ph. LÉVY, *loc. cit.*, J.C.P., 1959.I.1472. — J. BARRÈRE, *loc. cit.*, n° 10. Dans le même sens : De la MARNIÈRE, *loc. cit.*, J.C.P., 1959.I.1510 et L. PAGE, *loc. cit.*

(52) J.O., déb. A.N., 24 juin 1959, p. 999, 11 février 1961, p. 160.

(53) Cass. crim., 20 mars 1952, D. 1952.413.

(54) La jurisprudence considère en effet que la pension de l'article 301, § 1, présente un caractère alimentaire en ce qui concerne sa révision (Cass. civ., 23 mai 1949, C.P., 1949.II.183, D. 1949.443).

peut justifier une demande de révision et la révision est effectuée, toutes choses égales d'ailleurs, en fonction de l'indice du coût de la vie. En conséquence, cette dérogation ne conduisait qu'à une économie de moyens. Plutôt que d'imposer aux parties le recours au valorisme judiciaire, on leur permettait d'user d'un valorisme contractuel assis sur les mêmes bases. Il était plus simple de fixer définitivement la rente en valeur réelle absolue que d'en demander perpétuellement la révision. La règle était donc parfaitement justifiée.

250. — Mais cette conception avait paru trop étroite. Certains, confondant la question de l'indexation judiciaire et celle de la liberté du choix de l'indice, demandaient que cette exception soit étendue. C'est pourquoi des parlementaires, contrairement au vœu du Gouvernement, proposèrent un amendement à un texte préparé par les pouvoirs publics relativement à la quotité disponible entre époux. Cet amendement est devenu l'article 4 de la loi n° 63-699 du 13 juillet 1963, qui dispose :

« Pour l'application de l'article... 14 de l'ordonnance n° 59-246 » du 4 février 1959, doivent être regardées comme des dettes d'aliments les rentes viagères constituées entre particuliers, notamment » en exécution des dispositions du dernier alinéa de l'article 767 » du Code civil et de celle du 3e alinéa de l'article 1094 du même Code. »

Mais ce texte, pris sans travaux préparatoires, contrairement aux observations présentées par le Ministre des Finances et des Affaires économiques, n'est pas satisfaisant. Tout d'abord il ne résoud pas la difficulté pratique réelle qui est celle de savoir si les juges peuvent imposer dans les deux cas visés dans le texte que la rente soit indexée. D'autre part, sur le terrain du choix de l'indice, s'il est entendu largement, il fait partiellement double emploi avec la loi de finance rectificative du 2 juillet 1963 ; en effet, y étant autorisées, les parties choisiront toujours l'indice du coût de la vie et il n'y aura plus lieu à revalorisation légale. Enfin, l'étrangeté de sa rédaction peut donner lieu à discussion.

Il peut en effet être entendu de deux manières différentes. Ou bien l'on considère que toute rente viagère constituée entre particuliers est nécessairement une dette d'aliment, ou bien l'on admet qu'il ne s'agit là que d'une présomption simple posée par la loi.

En faveur de la première interprétation, on peut faire valoir la généralité des termes de la loi et la force de l'affirmation (55). Ainsi

(55) En ce sens : R. SAVATIER, *Commentaire de la loi du 13 juillet 1963*, J.C.P., 1963.I.1792 et 1796. De même : J. DEFRENOIS, *Les récentes dispositions législatives concernant les rentes constituées entre particuliers*, Rép. Not., 1963, p. 573, n° 28.425.

seules les rentes souscrites auprès de compagnies d'assurances, d'organismes officiels ou semi-officiels et de toutes personnes morales seraient soumises au régime de l'indexation interne (56).

Dans le sens contraire on soulignera que la hâte avec laquelle ce texte a été pris ne permet pas de trop s'attacher à ses termes, qu'il se combine mal avec la loi du 2 juillet 1963, qu'il reste bien centré sur la notion d'aliments comme en témoigne la restriction relative aux personnes morales privées ou publiques et que les exemples donnés ont trait à des matières où le caractère alimentaire est certain (56 *bis*).

Dès lors il nous semble que ce texte doit être interprété de manière stricte et que ne doivent échapper au régime de l'indexation interne que les rentes viagères dont le caractère alimentaire est certain (57).

Cette conception restrictive s'impose d'autant plus qu'elle seule permet d'assurer la cohérence du nouveau régime de l'indexation. En effet, ce n'est que si l'on met nettement l'accent sur le caractère alimentaire que se justifie au regard de l'indexation interne l'indexation sur le coût de la vie.

On relèvera enfin que, si la conception large était retenue, il suffirait à tout créancier à long terme de stipuler en viager pour obtenir la liberté de l'indexation. De nombreux praticiens conseillent déjà ce biais à leurs clients. Il faut donc espérer que la jurisprudence, si elle applique ce texte à la lettre, fera au moins largement appel en la matière à la théorie de la fraude à la loi. Elle doit soutenir l'effort des pouvoirs publics en imposant cette conciliation entre le nominalisme et le valorisme que constitue l'indexation interne. Le législateur, pour sa part, s'y est tenu même en dehors du domaine de l'article 14.

C'est en effet encore l'indexation interne qui est la clef des textes spéciaux relatifs à l'indexation.

§ 3. — Les régimes spéciaux applicables à certaines conventions.

251. — Le législateur avait, avant 1958 (58), autorisé l'indexation de certaines conventions, mais il avait édicté des règles particulières dans chaque cas. Deux textes ont permis au Gouvernement

(56) Voir : L. PAGE, *Rentes viagères constituées entre particuliers*, Jour. Not., 1963, p. 592.

(56 *bis*) Voir une autre critique, *supra* n° 272.

(57) Mais alors on peut penser, avec MM. FAU et DEBEAURAIN, Ann. Loy., 1963.618, que cette loi a un caractère interprétatif et qu'elle doit rétroagir au 4 février 1959.

d'intervenir dans ces diverses situations : l'alinéa premier de l'article 79 de l'ordonnance de 1958, et les articles 37, 38 et 92 de la Constitution du 4 octobre 1958.

A. — LES ALINEAS 1 ET 2 DE L'ARTICLE 79
DE L'ORDONNANCE DE 1958

Rappelons tout d'abord les termes de ce texte :

« Sont abrogées toutes dispositions générales de nature législative ou réglementaire tendant à l'indexation automatique des prix de biens ou de services. Dans chaque cas particulier, les conditions d'application de cette abrogation seront fixées par décret contresigné par le Ministre des Finances et des Affaires Economiques et les ministres intéressés.

« Demeurent toutefois en vigueur les dispositions de l'article 31 x a du Code du travail relatives à l'indexation du salaire minimum garanti ».

La première phrase de l'alinéa premier a fortement attiré l'attention des commentateurs ; sa rédaction claire et définitive paraissait avoir sonné le glas des indexations visées. En réalité, cette impression s'est avérée fausse, la seconde phrase l'a emporté sur la première ; l'abrogation, loin d'être de principe, n'a été que l'exception. Ses effets mêmes ont été fort limités.

a) *Domaine d'application.*

252. — Sont tout d'abord exclues du domaine d'application de l'alinéa premier les clauses de variation par opposition aux clauses d'indexation ; tel est le sens de l'expression pléonastique « indexation automatique ». Seules les clauses d'indexation au sens strict sont atteintes.

Ainsi l'article 27 du décret du 30 septembre 1953 relatif aux baux commerciaux (59) n'est pas visé par ce texte (60). Il prévoit en effet que le loyer d'un tel bail peut donner lieu à révision lorsque l'indice des 250 articles a varié de plus de 15 % depuis la dernière fixation amiable ou judiciaire, mais que cette révision, qui doit être demandée en justice, est librement décidée et appréciée par le

(58) Nous n'étudierons pas certains textes récents trop particuliers, relatifs aux marchés de l'Etat (décrets n° 63-227 du 5 mars 1963 et n° 63-934 du 12 septembre 1963) et aux contrats concernant la construction, la transformation ou la réparation des bâtiments de mer (décret n° 60-641 du 4 juillet 1960).

(59) Décret repris par les lois du 12 mars 1956 et du 6 mars 1958.

(60) En ce sens : Réponse ministérielle, J.O., déb. A.N., 3 juillet 1959, p. 1285. Tous les commentateurs se sont d'ailleurs prononcés en faveur de cette solution.

juge saisi. La variation de 15 % ne constitue qu'un adminicule, elle permet de saisir le tribunal, mais elle ne détermine pas le montant de la révision. Il ne s'agit donc pas d'une indexation.

Cette solution est d'autant plus intéressante que, nous le verrons, certaines clauses d'indexation contractuelles, autorisées par l'article 28, § 3, ont été atteintes par l'article 14, § 2, de l'ordonnance du 4 février 1959. Or, la jurisprudence admet le cumul des articles 27 et 28, § 3 (61). Lorsqu'une clause conventionnelle n'assure au bailleur qu'une protection insuffisante, il est toujours possible à celui-ci d'invoquer la révision légale (62).

253. — D'autre part, l'alinéa 2 de l'article 79 pose une exception relative à la détermination du S.M.I.G. Ainsi que l'avait recommandé le Comité des Experts, le législateur n'a, en effet, pas voulu porter atteinte à ce qui était considéré par les syndicats comme une conquête sociale. L'indexation du S.M.I.G. reste donc valable, alors que, rappelons-le, l'indexation sur le S.M.I.G. est interdite.

On peut cependant penser que la formule d'indexation retenue par l'article 31 x a du Code du travail devrait être modifiée dès que les circonstances le permettront. Il conviendrait en premier lieu de substituer à l'indice des 179 articles, qui ne retient que les prix pratiqués à Paris, un indice national comme celui des 259 articles. Le rapport avec le but poursuivi serait plus étroit. Il serait d'autre part nécessaire de revoir le procédé qui permet de limiter l'automatisme du jeu de l'indexation.

254. — Les rentes viagères d'Etat, dont la révision n'est pas automatique mais laissée à l'initiative du législateur, ne peuvent non plus être atteintes par l'ordonnance (63).

Enfin, certains auteurs ont proposé d'exclure du domaine de ce texte les emprunts indexés émis par l'Etat pour cette raison qu'il s'agirait dans ce cas d'indexations « spéciales » et non « générales » comme le demande l'ordonnance. Cet argument exégétique n'est guère convaincant. En réalité, il faut bien reconnaître que ces indexations sont visées par l'ordonnance. On peut d'autant plus l'ad-

(61) Cass. Com., 21 mai 1958, G.P., 1958.II.47, D. 1958, somm. 122 : « Il résulte de ces textes qu'il peut être dérogé par une demande en révision à la clause contractuelle à la demande de l'une ou l'autre des parties. » Cass. Com., 3 mai 1960, A.J. Prop. Imm., 1960.II.93, note Fourgoux. En ce sens Rép. ministérielle, J.O., déb. Sénat, 31 janvier 1961, p. 26.

(62) On remarquera que le décret n° 59-790 du 3 juillet 1959, qui a établi un plafond semestriel aux majorations de loyers n'a modifié en rien le régime rapporté.

(63) Un arrêté en date du 4 mai 1959, J.O., 7 mai 1959, a d'ailleurs déterminé de nouveaux coefficients de majoration applicables aux pensions d'invalidité et aux rentes et pensions de vieillesse des assurances sociales.

mettre que cela n'a, contrairement à ce qu'avaient craint ces auteurs, aucun effet fâcheux.

b) Effets

255. — Il ne faut en effet pas oublier que si l'ordonnance a vocation à s'appliquer à toutes les indexations véritables, elle ne les annule pas pour autant ; « dans chaque cas particulier, les conditions d'application de cette abrogation seront fixées par décret ». Or une jurisprudence constante du Conseil d'Etat affirme que, tant qu'un décret d'application nécessaire n'a pas été pris, le texte qui le prévoit expressément n'est pas efficace (64). Tel semble bien être le cas en l'espèce. L'exigence d'un décret est suffisamment marquée pour que l'on puisse admettre que, dans chaque cas particulier, seule la publication d'un décret permet à l'ordonnance de sortir ses effets (65).

Cette solution est d'autant plus certaine que l'on connaît le but poursuivi par les auteurs de ce texte. Ils ont entendu atteindre le régime des prix agricoles et des salaires (66). S'ils ont employé une formule aussi extensive, c'était dans l'espoir de cacher provisoirement que la mesure ne ferait qu'un nombre limité de victimes ; c'était pour éviter une réaction trop violente des agriculteurs et des salariés.

En fait, il est remarquable qu'aucun décret n'a été pris en application directe de cette ordonnance. Dans certains cas le Gouvernement a manifesté sa volonté de ne pas modifier le régime antérieur : il en est ainsi pour des emprunts indexés (67). Dans d'autres, des textes sont intervenus, mais ils ont été pris, soit en vertu des pouvoirs spéciaux, soit en vertu de l'article 37 de la Constitution.

B. — LES TEXTES PRIS EN APPLICATION DES ARTICLES 37, 38 ET 92 DE LA CONSTITUTION.

256. — Avant d'étudier les principales mesures prises depuis 1959, notons que le Gouvernement a profité de l'occasion qui lui était offerte en modifiant le régime de l'épargne-construction institué par la loi du 15 avril 1953. Il a rejeté le système de l'épargne-

(64) Par ex. : C.E., 30 mai 1947, *Sieur Marnier*, Rec. Lebon, 1947, 233.

(65) En ce sens : L. PAGE, *loc. cit.*, Jour. Not., 1959, art. 45.775.

(66) Sur ce point, cf. de la MARNIÈRE, *loc. cit.*, J.C.P., 1959.I.1510. Rapport du Comité des Experts.

(67) M. Antoine Pinay a affirmé qu'« il n'a jamais été question de rompre les contrats d'émission des emprunts passés ». Réponse ministérielle, Bull. Mun. Off. de la Ville de Paris, 11 mars 1959.

brique au profit d'un régime plus complexe ne comprenant pas l'indexation (68). Dans les autres cas, il a laissé subsister le principe de l'indexation même lorsqu'il en a limité la portée.

a) *Le régime des prix agricoles.*

257. — L'article 6 du décret du 18 septembre 1957, modifié par le décret du 23 janvier 1958, avait décidé que les prix d'objectif des principaux produits agricoles seraient fixés en fonction de la variation : de l'indice des produits industriels nécessaires aux exploitations agricoles, de l'indice des prix de détail, à l'exception de ceux des produits alimentaires, et de l'indice des salaires agricoles. Ainsi les prix agricoles dépendaient-ils à la fois du coût de l'exploitation et du coût de la vie ; une conciliation était réalisée entre l'indexation interne et l'indexation sur la valeur réelle de la monnaie.

L'article premier du décret n° 59-174 du 7 janvier 1959 mit fin à ce régime et décida que les prix d'objectif seraient fixés par voie d'autorité, mais la mesure souleva de nombreuses protestations dans les milieux ruraux. Des manifestations furent organisées en décembre 1959 dont l'un des buts essentiels était d'obtenir une « politique des prix agricoles fondée sur le retour à l'indexation ».

258. — Satisfaction leur a été partiellement donnée. Le décret n° 60.207 du 3 mars 1960 a rétabli dans une certaine mesure l'ancien article 6. Il a été tenu compte à la fois de leur volonté et des conclusions du Rapport Rueff (69) qui préconisait « une augmentation de la marge de variation permettant un partage plus équitable entre producteurs et consommateurs », de telle sorte que si l'indexation a été rétablie, elle ne l'a été que pour une fraction du prix de chaque produit.

Le nouvel article 6 dispose :

« Il est fait application au prix indicatif de chaque produit... d'un coefficient particulier de révision. A cette fin sont retenues, pour chaque produit, les variations des éléments forfaitaires de prix de revient à raison de leur proportion dans la composition du prix initial telle qu'elle figure au tableau annexé au présent décret » (70).

259. — Le système retenu est, il faut le reconnaître, assez complexe ; il répond néanmoins assez exactement à l'idée d'indexation interne. Il nous donne un exemple, par certains de ses aspects, des formules qui devront désormais être employées. Certaines remarques s'imposent cependant car le régime des produits agricoles est original par certaines dispositions.

(68) Ordonnance n° 59-235 du 4 février 1959.

(69) Rapport Rueff, chap. IX, g, 3°.

(70) Page ci-après.

TABLEAU ANNEXE

Liste des éléments des coûts de production et % forfaitaire par produit pour le calcul des prix.

	Pourcentage forfaitaire par produit						
	Blé Orge Maïs	Betterave ind.	Vin	Lait	Viande de bœuf	Viande de porc	Oufs
S.M.I.C. applicable à l'agriculture.	10	20	20	20	10	15	20
Produits industriels nécessaires aux exploitations agricoles	»	»	»	30 (a)	40 (a)	35 (a)	»
Dont :							
Groupe I Energie	10	10	5	»	»	»	10
II Entretien et renouvellement des bâtiments	5	»	5	»	»	»	5
III Engrais et antiparasitaires	10	10	15	»	»	»	5
IV Machines et outils	10	10	5	«	»	»	5
Produits manufacturés autres (b) .	10	10	10	10	10	10	10
Tourteaux (c)	»	»	»	10	5	»	5

a) Répartis suivant la pondération relative des groupes I, II, III, IV, de l'indice des produits industriels nécessaires aux exploitations agricoles.

b) D'après le groupement « produits manufacturés » de l'indice des 235 art.

c) D'après l'indice des prix de gros.

Remarquons tout d'abord que le décret parle de coefficient de révision et non d'indexation. Peut-être, en évitant le terme technique, le Gouvernement a-t-il seulement entendu « exorciser le démon de l'indexation ». Il semble plutôt qu'il ait voulu écarter un automatisme trop rigoureux et se laisser une certaine marge d'appréciation.

En second lieu, il convient de noter une innovation : les coefficients de révision ne couvrent pas toute la hausse des éléments du prix de revient. Ils n'en retiennent qu'une proportion variable : pour le lait 70 %, la viande de bœuf 65 %, le vin, la betterave, les œufs et la viande de porc 60 %, et enfin pour le blé 55 % seulement. Ainsi une proportion importante (de 30 à 45 %) de l'augmentation des coûts reste à la charge de l'exploitant agricole ou de l'éleveur. Il est néanmoins prévu que le Gouvernement a la possibilité de procéder à des relèvements plus conséquents en tenant « compte de l'évolution du revenu des exploitants agricoles comparé à celui des autres catégories de la population ».

L'intérêt de ce texte, sur un plan plus général, est de mettre en relief que l'indexation interne, pour être pleinement réalisée, doit consister en un réseau de références qui permet de cerner d'une manière aussi exacte que possible le niveau des coûts. Ce n'est pas par hasard que nous trouvons une formule aussi élaborée en ce domaine ; les relations agricoles appellent, semble-t-il, plus que toutes autres, un régime très étudié d'indexations.

b) *Les baux à ferme.*

260. — Les baux à ferme ont constitué dès l'origine le domaine d'élection de l'indexation (71). La jurisprudence a inauguré sa distinction entre les clauses monétaires et les clauses économiques en 1929 à propos de ce contrat ; le premier texte qui ait instauré une indexation officielle a été l'ordonnance du 17 octobre 1945, relative au statut du fermage. Ce texte, repris dans l'article 812 du décret du 16 avril 1955, a été profondément modifié par le décret n° 59-175 du 7 janvier 1959, décret dont la constitutionnalité peut être mise en doute (72).

Ce texte prévoyait que, à l'expiration de la première ou de la deuxième période triennale, l'une des parties pourrait, dans le cas où le bail aurait été stipulé payable en totalité à parité du cours du blé, demander qu'une ou plusieurs denrées représentant la production du fonds soit substituée à cette céréale dans une proportion

(71) Cela est vrai non seulement en France, mais dans tous les pays. En ce sens : A. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 300. VAN HECKE, *op. cit.*, p. 153.

(72) Cf. ci-dessus, n° 111.

maximum de moitié. Il avait soulevé de graves critiques, non pas tant pour l'atteinte qu'il portait aux conventions antérieures que pour cette raison que les prix de référence retenus étaient ceux de 1939. En effet, le prix de la viande ayant augmenté dans une plus grande proportion que celui du blé, tout bailleur pouvait, en demandant jusqu'à concurrence de la moitié du fermage la substitution de la viande au blé, provoquer une hausse du prix du fermage (73). Ces critiques étaient si justifiées qu'elles ont conduit le Gouvernement à modifier ce régime.

261. — Tel a été le but du décret n° 60-1069 du 5 octobre 1960 (74). Le principe d'un changement exigible en cours de bail a été maintenu dans le cas des baux stipulés en totalité, payables en fonction du prix du blé. Ce changement devra être demandé au cours de la dernière année des deux premières périodes triennales, la denrée de remplacement sera choisie dans une liste fixée par arrêté préfectoral sur avis de la commission consultative des baux ruraux ; elle ne pourra remplacer le blé que dans une fraction déterminée par la commission, fraction dont le maximum reste fixé à la moitié de la valeur locative normale. Mais, le calcul ne prendra plus pour base les prix de 1939, ce sont les prix actuels qui seront retenus. Le prix du bail ne pourra donc plus être modifié quant au temps présent, il ne le sera plus que pour l'avenir. Mais alors il correspondra mieux au revenu du fonds loué, l'association des contractants sera plus exactement réalisée (75).

c) *Les baux d'habitation.*

262. — En cette matière, il faut soigneusement distinguer selon que l'on est ou non en présence d'un immeuble construit ou achevé postérieurement à la loi du 1er septembre 1948. Dans le premier cas, aucune limitation autre que celle posée par l'article 14 de l'ordonnance de 1959 n'existe, les possibilités d'indexation sont celles du droit commun (76). Dans le cas contraire, le régime des indexations est beaucoup plus strict.

Les parties n'ont qu'une liberté d'indexation très limitée : la marge qui existe entre le loyer-salaire prévu à l'article 31 (77) et le

(73) Sur ce point cf. P. OURLIAC et M. de JUGLART, J.C.P., 1959.I.1501. P. de FÉLICE, G.P., 1959.II, doct. 27, G.P., 1960.I, doct. 13.

(74) J.O., 7 octobre 1960, G.P., 14 octobre 1960.

(75) Sur ce point cf. : P. OURLIAC et M. de JUGLART, *Le statut des baux ruraux : réformes, retouches et repentirs*, J.C.P., 1961.I.1957, et observations sous Cass. Soc., 15 février 1962, J.C.P., 1962.II.12814. P. de FÉLICE, G.P., 1960.II, doct. 53. M. de SURGY, S. 1960, chr. 55.

(76) Cf. ci-dessus, n° 234.

(77) Modifié par le décret n° 58-1347 du 27 décembre 1958.

loyer-rentabilité des articles 27 et 30. L'article 34 b. (77) prévoit en effet qu'il est permis aux parties de fixer d'un commun accord le prix du loyer dans la limite de la valeur locative définie à l'article 27.

Elles vont pouvoir soit, à chaque terme, s'entendre pour déterminer un nouveau loyer, soit, lors de la conclusion du contrat, inclure une clause d'indexation dans leur convention. La clause devra être valable au regard du régime de droit commun, mais de toute manière elle ne pourra déterminer un loyer supérieur à la valeur locative (art. 35) (78) ; elle aura donc une limite maximum d'efficacité sans pour autant que sa validité puisse être discutée de ce fait.

Dès lors, la clause la plus adéquate paraît être celle qui stipule que le « prix du bail tiendra compte de la nouvelle valeur locative et subira toutes les variations et modifications pouvant intervenir ultérieurement ». Cette clause est incontestablement valable car la valeur locative étant déterminée en fonction du local loué, son lien avec l'objet de la convention est particulièrement net ; elle est d'autre part pleinement efficace car elle détermine toujours le prix maximum possible.

263. — Une grave difficulté d'application de cette clause est récemment apparue. La Confédération Nationale des Locataires a soutenu en effet que même lorsqu'une telle clause a été stipulée, « tout nouveau barème des valeurs locatives n'est pas applicable *sauf nouvel accord* en ce sens ». Elle estimait que cette législation était d'ordre public, et qu'il n'était pas possible aux particuliers de renoncer par avance aux modalités de passage de l'ancienne valeur locative à la nouvelle. Certaines juridictions avaient statué en ce sens (79), mais la Cour de Cassation n'a pas admis cette solution (80). Elle a cassé le 7 octobre 1960 l'arrêt de la Cour de Paris du 17 avril 1959 qui s'était ainsi prononcé au motif que « en statuant ainsi, tout en admettant que les parties avaient convenu d'appliquer non

(78) Voir : Besançon, 30 mars 1954, Ann. Loy., 1954.651 ; Paris, 30 mai 1956, Ann. Loy., 1956.532.

(79) Paris (6^e Ch.), 17 avril 1959, Rev. Loy., 1959.222 ; 1^{er} octobre 1959, Rev. Loy., 1960.99 ; 18 mai 1960, inédit.

(80) Cass. Soc., 18 juillet 1960, G.P., 1960.II.167, J.C.P., 1961.II.11905, observations Désiry, Act. Jur. Prop. Imm., 1960.II.137, note Knecht. Cass. Soc., 4 octobre 1960, G.P., 1960.II.313, S. 1961.II. La Cour de Paris s'est soumise à cette conception : Paris (6^e Ch.), 7 décembre 1960, J.C.P., 1961.II.11986, obs. R.D. Cf. J.-M. LEGRAND, *La validité des clauses d'exigibilité immédiate de la nouvelle valeur locative*, Act. Jur. Prop. Imm., 1961.I.8 — G.F. et A.D., *Des clauses relatives au relèvement de la valeur locative*, Ann. Loy., 1961.22. Cette jurisprudence paraît maintenant fermement établie : en dernier lieu, Cass. Soc., 4 mai 1962, G.P., 1962.II.32 ; 9 mai 1963, G.P., 1963.II.269.

seulement la valeur locative prévue par les textes en vigueur à l'époque, mais aussi celle qui pourrait être fixée à l'avenir, et alors qu'une telle convention n'était point annulable, les juges du fond ont violé les textes susvisés... »

M. Desiry approuve cette décision en faisant remarquer qu'elle assure le libre jeu de l'autonomie de la volonté, conformément à la volonté du législateur, dans le cadre de la réglementation organisée. Nous ne pouvons que nous ranger à cette opinion.

— Il est remarquable que, dans les trois cas étudiée ci-dessus, se retrouvent certains des principes qui caractérisent le régime général des indexations. Sans doute s'agit-il de régimes spéciaux, mais ceux-ci, loin de poser des règles dérogatoires au droit commun, ne font qu'en donner des applications dans certaines situations particulièrement délicates. L'objet de la convention demeure au centre des préoccupations du législateur, c'est une politique parfaitement cohérente qui est suivie. On peut seulement regretter que cette réglementation ne recouvre pas l'ensemble des actes susceptibles d'être indexés.

§ 4. — Le régime applicable aux actes non régis par les textes.

264. — L'article 14 de l'ordonnance de 1959 et les textes spéciaux ne concernent que les dispositions statutaires ou conventionnelles ; n'entrent pas dans leur domaine les actes unilatéraux. D'une manière plus large, on peut considérer qu'ils ne touchent que le droit des obligations. Les rentes attribuées par les tribunaux et les actes unilatéraux passés par les particuliers ne sont pas expressément réglementés, c'est pourquoi on peut se demander s'ils peuvent être indexés et selon quelles modalités.

A. — LES DECISIONS DE JUSTICE.

265. — Nous avons déjà vu (81) que l'avènement du valorisme permet désormais aux tribunaux de faire usage de l'indexation. Reste donc seulement à déterminer si l'indexation interne s'impose à eux ou s'ils ont toute liberté dans le choix de l'indice.

En premier lieu il convient de souligner que, la question se posant essentiellement en matière de dommages aux personnes donc de rentes viagères, son importance est fonction de l'interprétation que la jurisprudence donnera de la loi du 13 juillet 1963 (82). Si c'était l'interprétation large qui devait l'emporter, les juges pourraient en ce domaine retenir l'indice du coût de la vie.

(81) Ci-dessus, n° 218.

Dans les autres cas, la question est plus délicate. Il nous semble cependant que l'article 14 devrait là encore recevoir application. En effet, il serait économiquement nuisible de voir se multiplier les indexations sur le coût de la vie alors que des indexations dispersées produisent un effet inflationniste moindre. Il est d'autre part souhaitable de voir se constituer un régime unique de l'indexation ; introduire des exceptions serait ouvrir la voie à un effritement d'une formule qui nous est apparue bonne.

266. — Cependant, il ne suffit pas de dire que l'indexation interne doit être appliquée, encore faut-il qu'elle soit applicable. Ici se présentent des difficultés assez sérieuses. Comme il n'y a pas de convention, seules peuvent être retenues les professions des parties. De plus, le principe de réparation intégrale conduit à écarter la référence à la profession du débiteur : peu importe — sauf en ce qui concerne la solvabilité, mais c'est là un autre problème — l'évolution de la situation pécuniaire de l'auteur de l'accident, ce qui compte c'est de placer la victime dans la situation où elle serait si l'accident ne s'était pas produit.

On se trouve donc conduit à retenir, dans la majorité des cas, l'activité du créancier. En principe, la solution est excellente. En effet, une indexation sur le coût de la vie stabilise définitivement les revenus de la victime alors qu'elle aurait pu espérer voir dans l'avenir sa situation s'améliorer. En revanche, une indexation interne va la placer dans l'état même où elle aurait été en l'absence d'accident (83).

L'exemple type est celui du fonctionnaire. L'indexation interne va lui permettre de voir sa rente s'accroître, non seulement par les augmentations dues à la hausse du coût de la vie, mais encore par suite des promotions qu'il aurait normalement obtenues s'il avait poursuivi sa carrière ; celle-ci doit être en effet fictivement reconstituée.

Pour les non-fonctionnaires, le choix de l'indice est incontestablement plus délicat ; il est néanmoins possible. Le but à atteindre est toujours de chercher à assurer à la victime une certaine pro-

(82) Ci-dessus, n^{os} 246 et suiv.

(83) C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris (1^{re} Ch. sup.) a, le 10 février 1959 — J.C.P., 1961.II.12107 — reconnu qu'il est possible d'accorder à un époux divorcé innocent, sur le fondement de l'article 301, § 1, C. civ., une rente indexée sur l'activité de l'époux coupable de manière à ce que celui-là conserve la situation qu'il aurait eue si le divorce n'avait pas été prononcé. A travers l'activité du débiteur c'est la situation du créancier qui était visée. La Cour signalait même que les parties resteraient ainsi associées.

portion des ressources dont elle aurait bénéficié si elle avait pu poursuivre dans des conditions normales son activité (84).

Reste le cas de ceux qui n'exerçaient pas une profession. En ce qui les concerne, c'est à leurs besoins qu'il convient de se référer. De nombreuses décisions déjà citées ont statué en ce sens. La Cour d'appel d'Orléans, le 25 mars 1960, a de même indexé la rente attribuée à une personne atteinte d'une incapacité totale permanente sur le prix de journée de l'établissement psycho-thérapique où elle devait être soignée. La solution paraît pleinement justifiée. Sur le terrain de la responsabilité civile, cette décision conduit à la réparation intégrale qu'exige l'article 1382 du Code civil ; sur le terrain monétaire, elle est en accord avec le nouveau régime des paiements. On pourrait même dire, dans un sens large, que le débiteur se trouve « associé » à la situation de sa victime.

267. — La Chambre criminelle ne semble cependant pas décidée à suivre cette voie (85) ; dans un arrêt du 5 juillet 1961, elle a en effet cassé l'arrêt précité de la Cour d'Orléans (86). Mais les motifs invoqués prêtent à discussion. Alors qu'en 1952 la Section sociale de la Chambre civile avait fait appel aux principes monétaires, cette fois ce sont les principes du droit de la responsabilité qui sont mis en avant :

« ...que les juges n'ont pu sans violer les textes visés au moyen (art. 1382 du Code civil) faire dépendre le chiffre de cette rente de circonstances variables et étrangères au préjudice définitivement acquis... »

On remarquera en premier lieu le singulier paradoxe que constitue le recours à l'article 1382 pour justifier la condamnation des clauses d'indexation ; ce texte n'avait-il pas toujours été invoqué jusqu'alors en sens contraire ?

Au reste, si cet argument pouvait avoir une valeur lorsque les juges du fond indexaient sur le coût de la vie, il en est entièrement dépourvu depuis qu'ils retiennent des indexations internes. Il n'est, en effet, guère soutenable qu'une indexation interne « fasse dépendre le chiffre de la rente de circonstances variables et étrangères au préjudice », puisque, par définition, elle a été choisie en fonction de la situation visée. Si l'on a pu parler d'indexation « spécifique » après l'ordonnance de 1959, c'est justement parce que les in-

(84) On remarquera que cette solution avait déjà été préconisée par M. le Professeur H. MAZEAUD, *loc. cit.*, D. 1951, chr. 17.

(85) Déjà le 4 juin 1959, Bull. crim., n° 299, cette juridiction avait cassé un arrêt de la Cour de Paris, rendu le 25 avril 1955, qui avait indexé une rente sur le salaire de base départemental.

(86) Crim., 5 juillet 1961, Bull. crim., 1961, p. 610, n° 319 — *supra* n° 219.

dices retenus sont déterminés par le rapport de droit principal. Contrairement à ce qui a été avancé, une telle indexation ne peut faire varier le montant de la rente qu'en fonction du préjudice subi.

Il faut souhaiter que, à la suite des Cours d'appel, la Cour Suprême consacre la validité des rentes indexées dans les termes de l'ordonnance de 1959. L'équité le demande, aucun principe ne s'y oppose. De plus, ainsi serait assurée une unité souhaitable du régime de l'indexation, unité qui doit être recherchée dans tous les domaines.

B. — LES ACTES UNILATÉRAUX.

268. — Quoique le législateur n'ait disposé que pour les conventions et statuts, il semble que l'on doive étendre aux actes unilatéraux le régime de l'article 14. Il est en effet de principe que l'on doit transposer aux actes unilatéraux le régime des contrats, sauf à éliminer les règles qui supposent nécessairement l'existence de deux parties (87), ce qui n'est pas le cas en la matière.

L'acte unilatéral par excellence étant le testament, c'est à lui que nous consacrerons notre attention. Par ailleurs, il nous faudra donner quelques indications plus générales relatives au droit des successions dont le testament ne peut être détaché.

269. — Qu'un testament puisse contenir des clauses indexées ne saurait faire de doute. L'admission du valorisme en droit positif implique nécessairement cette possibilité (88), personne ne le nie. Mais des divergences apparaissent sur le point de savoir si l'indexation interne s'impose en la matière. Certains auteurs répondent négativement à la question en invoquant un principe d'interprétation stricte (89). Ils considèrent qu'un testament peut être librement indexé. L'argument ne nous paraît pas pertinent. Tout d'abord il néglige le principe de l'assimilation quant à leur régime des actes unilatéraux et des conventions. D'autre part il relève d'une attitude de défiance envers la nouvelle réglementation qui ne nous semble nullement justifiée. Enfin il conduit à une dualité de régime en matière de succession dont les effets sont choquants. L'étude de la question des soultes le montre clairement.

(87) Par exemple : J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. II (3^e éd.), p. 308, n° 89.

(88) Le tribunal civil de Soissons l'avait déjà admis par un jugement du 10 janvier 1951 (G.P., 1951.I.308). Plus généralement, sur l'état de la question avant les ordonnances, voir P. CATALA, Thèse citée, n°s 61 et suiv., p. 93 et suiv.

(89) Notamment : J.-Ph. LÉVY, *loc. cit.*, J.C.P., 1959.I.1472, n° 24. Dans le même sens : J. DEFRENOIS, *loc. cit.*

270. — Un point est hors de doute, des cohéritiers peuvent s'entendre pour indexer la soulte accordée lors du partage à l'un d'entre eux (90). De plus, s'agissant d'une convention, l'indice retenu doit être valable au regard de l'article 14.

D'autre part, en vertu de l'article 832-1 § 4, si les parties n'ont pas indexé la soulte et si la valeur du bien attribué a augmenté de plus d'un quart depuis la date du partage, l'attributaire de la soulte peut demander la revalorisation de celle-ci dans une même proportion.

Ainsi, ce que les héritiers peuvent faire, et ce que la loi prévoit, c'est une indexation interne, une indexation sur la valeur de bien considéré. Il n'y a pas de meilleur moyen d'assurer cette égalité qui est « l'âme » des partages. Dès lors on ne voit pas pourquoi le testateur pourrait échapper à cette règle. Les principes généraux lui opposent l'article 14 ; les principes propres à la matière lui imposent de retenir un indice équivalent à un report de date d'évaluation.

Il faut donc conclure sans hésitation que l'indexation interne s'impose au testateur, comme à tout auteur d'acte juridique. Cette solution a au reste l'avantage de soumettre donations-partages et testaments-partages à un régime unique, ce qui est incontestablement souhaitable (91).

271. — Reste enfin à se demander si les tribunaux peuvent prendre l'initiative d'indexer une soulte et s'il doivent retenir comme indice la valeur du bien considéré. A ces deux questions on ne peut répondre qu'affirmativement en vertu des principes déjà dégagés : d'une part, les juges ne sont en aucun domaine astreints au nominalisme, d'autre part, le principe d'égalité dans le partage oblige à retenir une indexation interne. On notera même que les parties auront intérêt à ce que les juges prononcent une indexation du type de celle prévue par l'article 832-1 § 4, elles y feront l'économie d'un nouveau procès.

272. — De la question des soultes doit être rapprochée celle de la conversion en rente viagère de l'usufruit du conjoint survivant prévue par l'article 767 du Code civil.

En effet, en période de dépréciation monétaire, le conjoint survivant refuse toujours de voir convertir son usufruit — dont la valeur réelle est constante — en une rente viagère exprimée en

(90) En ce sens, p. ex. : O. KUHNMUNCH, *loc. cit.*, n° 53.

(91) Sur ce point, cf. A. DEPIERROIS, *Les soultes indexées dans la donation-partage*, Rép. Pra. Not., 1957.I.265.

valeur nominale. Il exige une rente en valeur réelle. A défaut d'accord entre héritiers, les juges pourront-ils accorder au conjoint une rente indexée ?

La question avait été très discutée en doctrine (92) ; les juges du fond y avaient répondu de manière contradictoire (93) ; la Cour de cassation s'était prononcée pour la négative (94).

Mais la loi du 13 juillet 1963 semble devoir faire admettre cette possibilité. En disposant que la conversion doit être opérée de manière à « garantir le maintien de l'équivalence initiale », elle a incontestablement entendu autoriser l'indexation de la rente, contrairement à la position prise par la Cour suprême.

Cependant il est possible de se demander quel indice devra être retenu. La loi est en effet en contradiction avec elle-même sur ce point. L'article 3, en parlant du maintien de l'équivalence initiale, paraît se référer à une indexation interne, alors que l'article 4 autorise toute indexation. Un choix entre les deux articles s'impose donc. A notre sens il ne devrait pas y avoir d'hésitation : le principe de l'égalité entre copartageant conduit à appliquer l'indexation interne (donc l'article 3) et à écarter l'article 4. Cela nous semble d'autant moins discutable que, nous l'avons vu (95), l'article 4 est à tous égards critiquable.

Cette solution est d'ailleurs conforme aux principes monétaires que nous avons dégagés et dont nous avons vu l'application. Tout appel au valorisme doit désormais être fait par le canal de l'indexation interne, c'est là le tempérament que le législateur a tenu à imposer lorsqu'il a abandonné le nominalisme comme principe d'ordre public.

Ce tempérament détermine à la fois le critère de validité et le choix de l'indice, mais il n'a que ces deux rôles. Pour la détermination des modalités, de la mise en œuvre et des sanctions de l'indexation, seul doit être pris en considération le caractère valoriste imposé à l'acte par la clause. Ce qui compte alors, ce n'est plus la notion de société, mais celle de valeur réelle.

(92) En faveur de l'indexation : R. SAVATIER, R.T.D.C., 1950.210, *La conversion en rente viagère de l'usufruit du conjoint survivant*, D. 1962, chr. 45 ; M. FRÉJAVILLE, J.C.P., 1950.II.5397 ; P. CATALA, *op. cit.*, n° 71, p. 107. *Contra* : A. WEILL, D. 1950.117.

(93) Pour l'indexation : Lyon, 21 juillet 1953, J.C.P., 1953.II.2479, G.P., 1953.II.119 ; Trib. civ. Aix, 3 mars 1953, S. 1953.2.159. *Contra* : Trib. civ. Valognes, 28 juillet 1949, D. 1950.117, J.C.P., 1950.II.5397, Rép. Not., art. 26.843, note J. DEFRENOIS ; Limoges, 21 décembre 1955 (inédit).

(94) Cass., 1^{re} civ., 7 juin 1961, D. 1961.607, Rép. Not., 1961, art. 28.081, voir les observations de M. le Doyen Savatier, R.T.D.C., 1961.708.

(95) Voir ci-dessus, n° 250.

II. — LES MODALITES DE L'INDEXATION

Nous avons vu qu'il existe un certain nombre de types de clauses d'indexation valables. Les particuliers auront donc un choix à opérer. Mais il leur sera en outre possible, soit de limiter le jeu de l'indice par une clause restrictive ou par une clause de variation minimum qui permettra d'assurer une relative stabilité à leur convention, soit de stipuler une clause expresse de réciprocité dans le but de garantir une meilleure justice.

§ 1. — Le choix de l'indice.

273. — Le premier impératif est bien évidemment de choisir un indice licite. L'indexation doit répondre aux exigences de la réglementation nouvelle. Mais ne peut-on pas exiger plus ? On a soutenu qu'il n'était pas possible de choisir comme monnaie de compte la valeur d'une marchandise dont la vente est réglementée ou qui fait l'objet d'une taxation. La Cour d'Amiens (96) a rejeté cette prétention au motif qu'il suffirait que la marchandise « fût alors dans le commerce ». La décision est justifiée car les parties ont agi dans ce cas en connaissance de cause ; peut-être n'en serait-il pas de même si la réglementation était intervenue postérieurement ; nous aurons à étudier cette question.

Une denrée dont le prix est réglementé est d'ailleurs fréquemment retenue par les contractants : le blé. Or actuellement s'ajoute au prix du blé une prime de conservation ; on s'est demandé si elle devait être retenue comme élément de l'indice. Les auteurs l'ont généralement pensé (97), la jurisprudence s'est prononcée en ce sens (98). Aux arguments qu'ils ont avancés nous en ajouterons un, tiré du but actuel de l'indexation. Si la réglementation de l'indexation a tendu à créer une certaine association entre les contractants, il est normal que ce soit le prix réel de vente du blé qui soit retenu ; lui seul permet de déterminer la marge bénéficiaire du vendeur.

274. — Mais il ne suffit pas que l'indice soit licite, encore faut-il qu'il soit efficace. Il s'agit là d'une question d'opportunité ; le choix peut en effet être guidé par des intentions très diverses allant du désir de spéculation à celui de stabilité. Dans les deux cas l'étude

(96) Amiens (aud. sol.), 28 mars 1961, G.P., 10 juin 1961.

(97) Cf. J. CARBONNIER, observations à la R.T.D.C., 1955, p. 518, n° 3. A. BECKERICH, *Règlement définitif en blé de la récolte 1959 pour les fermages*, Jour. Not., 1960, art. 46.211. FAU et DEBEAURAIN, *Les clauses d'indexation sur le prix du blé*, Ann. Loy., 1963, p. 621. LEHIR, *Les créances et rentes indexées sur le prix du blé à la production*, Rép. Prat. Not., 1963, art. 28.384.

(98) Paris, 5 mai 1960, G.P., 1960.II.157 ; Jour. Not., 1960, art. 46.292.

du tableau des indices de variations de prix des principaux produits et services que nous avons rapportés (99) peut donner d'utiles indications. Pour ceux qui recherchent la stabilité, il convient de souligner un grave danger de l'indexation : celui d'une variation abusive par rapport à l'indice du coût de la vie.

Ce danger est grand lorsque l'indice ne s'appuie que sur la variation du prix d'un produit ou d'un service. En voici un exemple (100). En 1936 avait été consenti un prêt de 54.000 francs indexé sur le prix du papier journal. Lors de la date prévue pour le remboursement, en 1949, cette somme avait été portée à 1.500.000 francs alors que, en valeur réelle, indiquée par l'indice des prix de détail, elle n'aurait dû atteindre que 1.000.000 de francs. Un accroissement de moitié avait donc été enregistré. De tels méfaits sont relativement fréquents (101) ; ils conduisent à déconseiller ces indexations trop simples et à préconiser l'emploi de formules complexes du type de celles retenues par l'Administration (102). Elles permettent de mieux rendre compte à la fois de la hausse du coût de la vie et de la situation réelle des contractants (103).

275. — Mais devant une telle situation on peut se demander s'il ne serait pas possible aux tribunaux de rectifier le jeu de la clause en faisant triompher un valorisme réel. La Chambre des Requêtes l'a admis dans un cas où la situation était particulièrement favorable (104). Une rente avait été constituée et indexée, en vue d'assurer la stabilité de son pouvoir d'achat était-il spécifié, sur le taux d'intérêt de certains bons de l'Etat. Or, bien que le coût de la vie eût monté, le taux de ces bons avait baissé ! L'intention exprimée des parties se trouvait mise en échec par suite d'un choix défectueux de l'indice de référence. La Cour de Lyon (105) s'estima autorisée par la manifestation de volonté des parties à charger un expert de déterminer la hausse exacte du coût de la vie et à substituer ce résultat à celui que donnait la clause. Le pourvoi introduit par les

(99) Cf. ci-dessus, n° 30.

(100) L'espèce a été soumise au Tribunal civil de la Seine, 27 février 1951, G.P., 1951.I.316.

(101) A ce propos notons que le prêt de valeurs mobilières est tout particulièrement dangereux, la seule référence prise pouvant prendre en peu de temps une valeur considérable, ou subir une baisse imprévisible. Ainsi le 2 décembre 1960 la Cour de Paris — J.C.P., 1961.II.11.927, note P. Esmein — a eu à connaître d'une affaire où, à la suite d'un tel prêt, alors que le coût de la vie n'avait monté que de 40 %, le montant de la dette avait cru de 300 % ! De même Angers, 8 novembre 1960, J.C.P., 1961.II.11.984, note P.E. Ce type de prêt paraît devoir être déconseillé très fermement.

(102) Cf. ci-dessus, n° 129.

(103) En ce sens : J.P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *loc. cit.*, n° 45.

(104) Req. 6 février 1945, G.P., 1945.I.116.

(105) Lyon, 21 juillet 1943, G.P., 1943.II.119.

débirentiers fut rejeté au motif que la Cour n'avait fait « qu'user de son pouvoir d'interpréter l'intention des parties ». Cette jurisprudence doit être accueillie avec la plus grande circonspection ; à vouloir assurer l'équité, elle remet dangereusement en cause la sécurité contractuelle.

De manière plus générale, d'ailleurs, pas plus en ce domaine que dans les autres, la théorie de l'imprévision ne peut être admise. Les juges ne peuvent y faire appel pour remédier aux variations anormales de valeur des obligations (106). Seul le législateur peut intervenir en ce sens, comme il l'a fait par la loi du 2 juillet 1963 (107). Cependant, la juridiction administrative admet le cumul de l'indexation et de l'imprévision (108).

276. — Mais l'intention des parties peut n'avoir pas été clairement exprimée, la clause peut avoir été rédigée d'une manière défectueuse, de telle sorte que certaines de ses dispositions prêtent à discussion. La maladresse de rédaction peut provenir soit d'une raison purement technique, soit d'un oubli des contractants. Les juges saisis de l'affaire auront donc à interpréter — ou à suppléer — ces dispositions. Ils le feront en tenant compte des règles générales dégagées par le Code civil et par les auteurs, et des règles propres à la matière. En l'absence de manifestation de volonté des parties, ils devront faire en sorte que la clause assure entre elles une association aussi poussée qu'il est possible.

277. — C'est pourquoi nous critiquerons une décision du Tribunal de Grande Instance de la Seine (109). Une clause d'un contrat indexé « manquait de clarté » ; renonçant à l'interpréter, le tribunal décide « qu'une telle stipulation doit, conformément à l'article 1162 C. civ., être interprétée en faveur du débiteur ». Cette application de l'article 1162 semble assez contestable ; il ne doit être fait appel à lui que dans les cas extrêmes, lorsque tous les autres moyens ont échoué. Il ne doit pas servir à pallier la carence de l'interprète. Tel semble bien cependant avoir été le cas en l'espèce (110).

Peut-être même est-il possible de rejeter entièrement ce texte en la matière. Il ne peut en effet avoir d'application que dans les obligations de type normal et non dans les obligations mutuelles où il n'existe ni débiteurs ni créanciers ; or la clause d'indexation relève

(106) En ce sens : Cass., 1^{re} civ., 17 octobre 1960, arrêt n° 650, inédit. Trib. civ. Seine, 6 juin 1952, D. 1952.735.

(107) Ci-dessus, n° 192 en note.

(108) Notamment :

(109) 30 mai 1959, G.P., 1959.II.175.

(110) En ce sens : E.S. de la MARNIÈRE, note sous Paris, 4 juillet 1959, D. 1960.317.

de ce dernier type. C'est donc en fonction des principes généraux relatifs à cette catégorie d'obligations qu'il convient d'interpréter les clauses d'indexation.

Néanmoins, les magistrats ne pourront présumer cette volonté d'association que si les parties ne l'ont pas écartée expressément. Il leur est en effet possible de limiter le jeu de l'indexation d'une manière très efficace en prévoyant un mode de rattachement plus ou moins restrictif.

§ 2. — Les modes de rattachement.

278. — Lorsque l'on pense à l'efficacité de l'indexation, la première question qui vient à l'esprit est sans doute celle du choix de l'indice ; un indice inadéquat peut en effet priver la clause de ses effets, mais il est une seconde question moins connue, car moins apte à piquer l'imagination, bien que tout aussi importante : il s'agit de la détermination du mode de rattachement.

En règle générale, l'indice retenu joue intégralement le rôle de monnaie de compte, mais il n'en est pas toujours ainsi. Il arrive relativement souvent qu'il partage ce privilège avec la monnaie légale. Cela est chaque fois que la clause ne couvre pas l'ensemble de l'obligation monétaire, à savoir capital et intérêt (111).

279. — La première possibilité ouverte aux contractants consiste à concilier la monnaie de compte et la monnaie légale. On atteint ce résultat en affectant l'indice d'un coefficient pondérateur. Par exemple l'indice ne comptera que pour 50 % ; ainsi, lorsqu'il sera passé de 1 à 3 la dette ne sera pas de 100×3 , mais de $100 \times (3 + 1) : 2$, donc pas de 300 mais de 200 ; et lorsqu'il aura atteint 5, elle sera de $100 \times (5 + 1) : 2$ et non de 100×5 soit 300 et non 500. S'il ne compte que pour 10 % lorsqu'il atteint 3, la dette est portée à $100 \times (3 + 9) : 10$, soit 120 et non 300 (112).

On peut juger, d'après ces chiffres, de l'importance extrême qu'il faut attacher au coefficient de raccordement. De nombreux particuliers s'y sont laissé prendre. A longue échéance, ce système enlève à la clause la plus grande partie de son efficacité. Il peut cependant, lorsqu'il est employé avec modération, présenter l'avantage de sou-

(111) En ce sens : H. VIAUX, *loc. cit.* : « La seule formule claire, c'est l'échelle mobile intégrale, capital et revenu varient en proportion de l'indice. »

(112) Sur ce point, cf. H. VIAUX, *loc. cit.*, G. DEPALLENS, *Gestion financière de l'entreprise*, Paris, 1960, p. 313 et suiv.

lager quelque peu le débiteur (113). Mais, en principe, ce procédé nous paraît condamnable. Le nominalisme, même partiel, porte une trop grave atteinte à l'équilibre contractuel.

280. — La seconde possibilité consiste à limiter le valorisme au capital ou aux intérêts ; on parle alors de prime indexée ou d'intérêts indexés. En ce qui concerne l'indexation du seul capital, il n'existe pas de difficultés propres ; il peut par exemple n'être indexé que partiellement. Mais en ce qui concerne les intérêts, une difficulté peut naître par suite de la législation propre à la matière.

Normalement l'indexation des intérêts est tout aussi légitime que celle du capital, aucun principe du droit ne s'oppose à la stipulation d'intérêts progressifs (113 *bis*) : l'article 1905 C. civ. n'interdit pas la fixation d'intérêts variables (114).

Deux cas doivent cependant être distingués. Dans un premier, qui est le plus fréquent et de principe, c'est la dette elle-même qui est fixée en valeur réelle ; il est donc normal que les intérêts soient calculés en fonction de la valeur réelle de la dette au jour de leur détermination ; le taux de cet intérêt restant constant, s'il était licite au premier jour il le demeure. Dans le second, la dette a été stipulée en valeur nominale et seul l'intérêt est soumis au valorisme. Deux interprétations peuvent être données de cette situation. On peut considérer que l'intérêt reste constant, mais que l'on procède fictivement à une réévaluation du capital, ou bien que c'est le taux d'intérêt qui est directement relevé par le jeu de l'indice. Les deux méthodes donnent en effet strictement le même résultat. Si l'on adopte la première interprétation, le taux d'intérêt restant constant, la clause ne peut voir ses effets limités par l'application du décret-loi du 8 août 1935 (quant à ses dispositions civiles, les sanctions pénales sont en effet exclues puisque les éléments de l'incrimination n'existaient pas au jour de la conclusion du contrat) (115). En revanche, si l'on adopte la seconde interprétation, c'est la solution contraire qui s'impose. A notre sens, c'est la première explication qui doit être retenue, non pas que l'analyse proposée soit plus exacte que la seconde, les deux sont parfaitement légitimes, mais ses conséquences sont plus heureuses (116). S'il était possible aux contractants d'indexer l'ensemble de leur convention, pourquoi ne leur serait-il pas

(113) On remarquera que ce procédé a été retenu par les pouvoirs publics en matière de prix agricoles dans le décret n° 60-207 du 3 mars 1960. Cf. ci-dessus, n° 257.

(113 *bis*) En ce sens : FAU et DEBEAURAIN, *loc. cit.*, n° 30.

(114) En ce sens : Trib. civ. Melle, 10 novembre 1954, J.C.P. (éd. N), 1955. II.8487, note A. Précigout. Besançon, 26 novembre 1957, J.C.P., 1958.II.10.477, note Esmein.

(115) En ce sens : Ph. DURIEUX et A. PRÉCIGOUT, *op. cit.*, p. 96.

(116) *Contra* : Ph. DURIEUX et A. PRÉCIGOUT, *op. cit.*, p. 96.

permis de le faire partiellement ? Au demeurant, lorsqu'une clause est susceptible de deux interprétations, ne doit-on pas choisir celle qui lui confère une pleine efficacité ?

L'effet de la clause peut d'autre part être limité par un procédé très fréquent qui mérite une étude spéciale : l'insertion d'une clause de variation minimum.

§ 3. — La clause de variation minimum.

281. — Il y a clause de variation minimum lorsqu'il est prévu que l'indexation ne produira effet qu'au delà d'un certain niveau. Cette modalité n'empêche pas la clause principale de rester une clause d'indexation ; en effet, dès lors que ce niveau est atteint, la clause joue automatiquement et intégralement. Elle n'en fait pas une clause de variation, aucune intervention postérieure n'est nécessaire.

En fait cette stipulation place la clause principale à mi-distance entre la clause d'indexation et la clause de variation. Elle permet de concilier les avantages de ces deux types de clauses. D'une part elle ne restreint le valorisme que dans une mesure tout à fait acceptable, d'autre part elle assure une limitation raisonnable de l'automatisme. L'obligation reste bien fixée en valeur réelle ; le seul effet de cette modalité est de n'autoriser le relèvement de la dette que lorsque l'indice a varié de plus d'un certain pourcentage par rapport à la dernière détermination.

Cette clause subsidiaire est utile tant sur le plan économique que sur le plan juridique. Le principal reproche fait à l'indexation par les économistes a trait à son caractère automatique qui empêche la stabilité monétaire, soit en provoquant, soit en perpétuant le déséquilibre (117) ; la clause de variation minimum permet de réduire notablement cet effet inflationniste. Les juristes, pour leur part, font remarquer que les perpétuelles variations de l'indice rendent délicate l'application de la convention ; or cette clause assure une certaine stabilité de l'obligation.

282. — Ces effets heureux ont conduit la Cour Suprême à reconnaître de la manière la plus large la validité de cette clause. On avait prétendu qu'elle ne pouvait limiter le jeu des clauses d'indexation incluses dans les baux commerciaux ; la Cour a repoussé cette prétention (118).

(117) Cf. ci-dessus, n° 40.

(118) Cass. Com., 27 janvier 1960, Bull. civ., 1960.III, p. 34, n° 40.

On peut d'ailleurs invoquer en faveur de cette clause la pratique de la Chancellerie. Elle décide « pour unifier les clauses d'indexation dans toute la mesure du possible..., de maintenir à 10 % la fixation du pourcentage minimum de variation des indices de référence » dans les conventions dont elle assure le contrôle (119).

De même la loi du 19 décembre 1961, modifiant l'article 832-1 du Code civil, prévoit une revalorisation intégrale des soultes dans le cas où la valeur du bien reçu par le cohéritier a varié de plus d'un quart.

Enfin, et pour prendre un dernier exemple, rappelons que l'article 31 x a du livre premier du Code du travail, relatif à l'indexation du S.M.I.G., dispose que l'indice mensuel des prix à la consommation familiale doit avoir subi une hausse au moins égale à 5 % pour que le salaire minimum soit modifié proportionnellement à l'augmentation constatée.

Cette tendance générale à affecter les clauses d'indexation d'une clause de variation minimum nous paraît justifiée par les avantages que présente cette dernière ; par suite, il nous semble que les particuliers auraient intérêt à généraliser l'emploi de ce procédé qui ne remet aucunement en cause l'avènement du valorisme (120).

De même, la clause de réciprocité semble devoir être recommandée.

§ 4. — La clause de réciprocité.

283. — L'article 14 n'impose pas expressément que les parties prévoient que la clause d'indexation jouera au bénéfice ou au détriment de chacune d'entre elles. Mais la seule équité, dans le silence de la convention, doit faire supposer que cette clause a été sous-entendue. Pourquoi, en effet, seul l'un des contractants serait-il alors protégé contre la dépréciation monétaire ?

On remarquera d'ailleurs que la Cour d'appel de Pau a fait rentrer la réciprocité dans la bonne définition qu'elle donne de l'indexation :

« Le propre de la clause d'échelle mobile... est de faire varier « automatiquement (le prix) en fonction d'une valeur de référence, et de jouer en faveur du bailleur aussi bien que du pre-

(119) Lettre de M. le Garde des Sceaux à M. le Président de la Chambre Nationale des Huissiers de Justice, *Revue des Huissiers de Justice*, 1960, 273.

(120) De cette clause il convient de rapprocher celle imposée en matière de marchés de l'Etat par le décret du 12 septembre 1963 et selon laquelle la clause ne peut jouer que si le délai d'exécution à compter de la date des remises d'offres a été supérieur à un an. Cette restriction est justifiée par le fait que seuls les contrats à long terme méritent d'être indexés. Elle pourrait dès lors être employée dans de telles circonstances par les particuliers.

« neur, toutes les fois qu'il peut être constaté une variation de
« cette valeur dans un sens ou dans l'autre. » (121)

Cette clause étant incontestablement valable, à tel point qu'elle doit être supplée en cas d'absence, seule se pose donc la question de la licéité d'une éventuelle *clause de non réciprocité*.

284. — Dès avant 1959, une jurisprudence constante prononçait l'annulation d'une telle clause (et éventuellement celle du contrat où elle était stipulée) en relevant qu'elle révélait une intention monétaire (122). La Cour d'appel de Grenoble, dans un arrêt du 23 février 1954 (128), avait même prononcé la nullité d'une clause stipulée dans une contre-lettre détenue par les seuls créanciers aux motifs que :

« Il convient d'observer que le sous-seing privé... est un acte
« unilatéral signé par les seuls acquéreurs, n'engageant que ceux-ci
« et ne jouant de ce fait qu'à la hausse...

« une telle clause est nulle du fait qu'elle exclut la réciprocité...

« une clause d'échelle mobile jouant uniquement en faveur du
« créancier est illicite et immorale et doit être annulée par appli-
« cation de l'article 1131 du Code civil. »

Au lendemain de l'arrêt du 27 juin 1957, les auteurs continuèrent de déconseiller la clause de non-rétroactivité quoique cette décision semblât l'autoriser (124). L'avenir leur a donné raison. Ainsi un arrêt de la Cour de Paris en date du 7 novembre 1959 a réaffirmé la nullité d'une telle clause (125).

Le nouveau régime de l'indexation confirme certainement cette jurisprudence (126). En effet, tout d'abord il apparaît contraire à la notion de société que seule l'une des parties bénéficie de la clause (127). D'autre part, on remarquera que cette clause a pour conséquence de scinder le prix stipulé, ce prix se trouvant fixé en valeur réelle pour l'un et en valeur nominale pour l'autre ; or une

(121) Pau, 16 juillet 1958, G.P., 1958.II.207.

(122) Notamment : Cass. com., 15 novembre 1950, D. 1951.21. Lyon, 25 juin 1951, J.C.P., 1951.II.6603. Colmar, 14 février 1956, S. 1956.144.

(123) G.P., 1954.I.372. Dans le même sens : Trib. civ. Fontainebleau, 21 mai 1952, G.P., 1952.II.139.

(124) Notamment : G. HUBRECHT, *loc. cit.*, G.P., 1957.II, doct. 30 : « Bien que l'arrêt déclare ceci inopérant, nous continuons à croire à l'opportunité d'une clause susceptible de jouer, le cas échéant, aussi bien en faveur du débiteur que du créancier, au moins dans les contrats entre particuliers. »

(125) Paris, 7 novembre 1959, Jour. Sp. Soc., 1960, n° 7. Voir aussi : Cass., 1^{re} civ., 28 octobre 1959, Bull. p. 368, 29 mars 1960, Bull. p. 149 et Cass. com. 8 janvier 1964, G.P. 5 juin 1964. Amiens, 22 mars 1961, G.P., 1961.I.403.

(126) *Contra* : J. NOIREL, *loc. cit.*, n° 47, bien que cet auteur admette que l'équité postule la réciprocité de l'indexation.

(127) Voir ci-dessus, n° 131.

telle dissociation semble inconcevable. Le prix d'une prestation doit être unique, il ne peut s'exprimer en deux unités monétaires différentes, variables et sans rapport.

L'effet de l'indexation relativement au régime des paiements nous paraît donc condamner la pratique des clauses de non-réciprocité. C'est aussi cet effet qui commande la solution de toutes les difficultés qui peuvent naître du choix de la valeur réelle.

III. — LA MISE EN ŒUVRE DE L'INDEXATION

Sous cette rubrique nous examinerons les difficultés qui peuvent apparaître soit du fait de l'insertion de la clause, soit du fait de ses garanties, soit du fait de son exécution.

§ 1. — L'insertion ou la suppression d'une clause d'indexation dans un contrat en cours.

285. — On peut se demander si l'insertion ou la suppression d'une clause d'indexation dans un contrat en cours produit un effet novatoire sur ce dernier.

Un arrêt ancien (128) avait considéré que le changement de monnaie de paiement ne peut suffire à créer un nouveau rapport de droit. Mais on peut douter que cette solution puisse être retenue en cas de modification de la monnaie de compte. En effet, si les changements portant sur le mode d'exécution de l'obligation ne peuvent être pris en considération, en revanche ceux qui ont trait à la détermination de l'obligation peuvent emporter novation (129) dès lors qu'il y a intention de nover. Or une substitution de monnaie de compte influe sur la fixation du montant de l'obligation ; touchant au fond du droit, elle doit donc avoir un effet novatoire (130).

A vrai dire la jurisprudence récente n'est pas très nette sur ce point. Dans un arrêt du 15 janvier 1963 (131) la Chambre civile, 2^e section civile, de la Cour de cassation a considéré que « la conversion en rente viagère indexée de l'obligation principale de faire qui « découle du bail à nourriture n'entraîne pas novation par changement d'objet de la convention puisqu'elle ne fait que substituer « au mode d'exécution prévu au contrat un autre mode d'exécution « mieux adapté aux circonstances ». Dans cette espèce les juges du

(128) Cass. civ., 17 décembre 1928, D.H., 1929.49, S. 1929.I.100.

(129) R. RADOUANT, in *Planiol et Ripert*, T. VII, n° 1264, p. 669.

(130) En ce sens : J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. II (3^e éd.), n° 220, pp. 774 et 775.

(131) G.P., 1963.I.332, Bull. n° 31, p. 26.

fond avaient substitué à la clause denrée nature, que constitue le bail à nourriture, une clause valeur denrée. On pouvait donc légitimement penser que seul le mode d'exécution de l'obligation avait été modifié et non son étendue.

Il semble toutefois que, en prenant soin de préciser que seul le mode d'exécution avait été modifié, la Cour Suprême ait entendu réserver l'hypothèse où ce serait le mode de calcul qui serait touché. On peut d'autant plus le penser qu'un arrêt précédent paraissait avoir admis que la suppression d'une clause d'indexation vaudrait comme élément matériel de la novation (132).

Telle est d'ailleurs la vraie solution au regard de la théorie de l'indexation. En effet, le passage de la valeur nominale à la valeur réelle, ou vice versa, a de telles conséquences que l'on peut difficilement ne pas en tenir compte sur le plan de la novation. Selon que l'obligation est du premier type ou du second elle obéit à un régime totalement différent, par suite l'insertion ou la suppression d'une clause produit une rupture caractérisée.

Cette différence de régime est particulièrement nette en ce qui concerne la stipulation des garanties.

§ 2. — Les sûretés garantissant les obligations indexées.

286. — Le cautionnement, sûreté personnelle, ne soulève pas de difficultés. La caution se trouve en effet engagée pour la même dette que le débiteur principal. Si elle accepte de garantir une dette stipulée en valeur réelle, elle se soumet par là même au valorisme contractuel. Le montant de son obligation est déterminé par le jeu de la clause d'indexation.

287. — Première sûreté réelle, l'hypothèque ne soulève pas non plus de difficultés depuis le 4 janvier 1955. A cette date en effet, puis le 7 janvier 1959 (133), l'article 2148 du Code civil, § 3-4° *in fine*, a été modifié en vue de tenir compte des clauses d'indexation. Il dispose :

« Dans les cas où la créance est assortie d'une clause de réévaluation, l'inscription doit mentionner le montant originaire de la créance ainsi que la clause de réévaluation. »

Ce texte, dont la terminologie n'est guère heureuse, avait été invoqué en 1957 en faveur de la validité des clauses d'indexation. De nos jours il confirme la dualité du valorisme et du nominalisme.

(132) Cass. soc., 15 novembre 1962, Bull. n° 822, p. 680. Il a d'autre part été jugé, en matières de baux commerciaux, que l'exercice de l'action en révision légale n'implique pas renonciation au bénéfice de la clause : Cass. com., 3 juin 1958, Bull. p. 185.

(133) Décret n° 59-89 du 7 janvier.

Le législateur n'a pas voulu laisser subsister une infériorité des obligations stipulées en valeur réelle par rapport à celles fixées en valeur nominale. Chacune bénéficie d'un champ d'application propre et peut être garantie par une hypothèque.

Bien que cette solution soit isolée sur le plan international (134), elle mérite d'être pleinement approuvée. Si l'indexation nous est apparue souhaitable, c'est avant tout parce qu'elle assure la stabilité contractuelle d'une manière convenable, qu'elle renforce le crédit du débiteur et qu'elle permet ainsi le développement des prêts à la production. Les sûretés agissant dans le même sens — l'indexation n'a-t-elle pas parfois été analysée comme une garantie ? — il est normal de cumuler ces garanties plutôt que de les opposer. Il serait nuisible au crédit de refuser une garantie en valeur réelle à une obligation fixée en valeur réelle.

Au reste, n'est-il pas logique d'autoriser l'inscription des obligations indexées alors que la sûreté est justement constituée en une valeur réelle ? En règle générale, valeur de l'immeuble et dette croîtront dans une proportion très proche ; le créancier doit pouvoir bénéficier de la relative stabilité de valeur de la sûreté qui lui a été accordée.

La formule n'est cependant pas à l'abri de tout reproche. Les tiers se trouvent en effet partiellement sacrifiés car le montant de la dette garantie ne leur est pas exactement connu. Cela est particulièrement net, par exemple, dans le cas des clauses d'indexation du premier groupe, celles qui relèvent le plus de l'idée de société. Il leur est alors nécessaire de se renseigner très sérieusement, sans pour autant pouvoir se prémunir eux-mêmes en toute sécurité pour l'avenir (135).

288. — C'est peut-être cette raison qui a conduit la Cour de Paris, le 18 avril 1951, à décider que lorsqu'un vendeur de fonds de commerce fait inscrire son privilège, la clause d'indexation, même régulièrement transcrite, ne peut être opposable aux autres créanciers. Mais on peut se demander si cette décision conserve quelque autorité. Sans doute la loi du 17 mars 1909 n'a-t-elle pas été modifiée en 1955 ou en 1959 ; on peut néanmoins considérer que l'exemple de l'hypothèque conduira les tribunaux à reconnaître l'efficacité d'une clause d'indexation ainsi inscrite.

(134) Sur ce point, cf. M. VASSEUR, *loc. cit.*, Rev. Eco., 1955, 275.

(135) Sur une difficulté qu'à déjà soulevée ce texte, cf. : H. BULTE, J. BÉCHADE et A. POIRIER, *Sort des inscriptions d'hypothèque ou de privilège prises en garantie de créances assorties d'une clause d'échelle mobile basée sur des indices économiques, en cas de substitution contractuelle de nouveaux indices à ceux prévus par le contrat original. Effets de l'acte constatant cette substitution. Mode de publicité*, J.C.P., (éd. N.), 1958.I.404.

Il faut d'autant plus le souhaiter que c'est là le seul moyen possible de protection du créancier. L'arrêt ci-dessus relève en effet que « des inscriptions renouvelées chaque année n'auraient pas, par elles-mêmes, assuré le bénéfice du privilège sur les majorations intervenues, parce qu'une nouvelle convention aurait été chaque fois nécessaire, à cet effet, avec le créancier et qu'elle se seraient, de toute façon, révélées tardives ».

Mais le doute subsistant, il est conseillé (136) aux notaires de prendre deux précautions. La première est de faire consentir par l'acquéreur, au profit du vendeur, nantissement pour une somme représentant aux yeux des parties le supplément du prix qui va entraîner le jeu de l'indexation. La seconde de faire prendre l'engagement par l'acquéreur de conférer au vendeur nantissement supplémentaire si le jeu de la clause dépasse les prévisions, à peine d'exigibilité immédiate.

289. — En fait, ces précautions ne peuvent avoir qu'un effet bien limité ; elles ne constituent que des pis-aller ; aussi l'inscription risque-t-elle de ne fournir qu'une garantie partielle. Cela s'est produit dans l'espèce tranchée par la Cour de Paris. Mais le créancier a cherché à rentrer dans ses fonds en invoquant la responsabilité de son notaire.

Le sieur Beaunier estimait en effet que celui-ci avait manqué à son devoir de conseil en ne lui signalant pas expressément que l'inscription pourrait ne pas le garantir intégralement dans l'avenir. Le tribunal de première instance rejeta sa demande (137), mais la Cour d'appel l'accueillit (138) et sa décision fut confirmée par la Cour Suprême (139). Celle-ci estima que la responsabilité du notaire était engagée du

« fait de ne pas avoir informé scrupuleusement ses clients du risque encouru à l'époque, et de l'incertitude concernant l'étendue et les effets des sûretés offertes et de la menace de se voir opposer le principe que pour la sauvegarde du crédit la garantie inscrite ne serait opposable aux tiers que dans les limites du chiffre précis expri-

(136) L. PAGE, Jour. Not., 1961.263, art. 46.428. Observations anonymes, Rép. Not., 1961.40, art. 27.996. Des formules de nantissement prévoyant une indexation et une formule de décharge de responsabilité sont proposées au *Journal des Notaires*, 1961, Formules et documents usuels, pp. 12 et 13.

(137) Tribunal civil de Pontoise, 25 mars 1953, Jour. Not., 1954.29, art. 44.177, Rép. Not., 1954, art. 27.247.

(138) Paris, 14 janvier 1955, Jour. Not., 1955.155, art. 44.645, Rép. Not., 1955, art. 27.358, note Magnan.

(139) Civ. (1^{re} sect. civ.), 25 octobre 1960, J.C.P., 1961.II.11.896, obs. Espagno, G.P., 7 février 1961, Jour. Not., 1961, 263, art. 46.428, note L. Page, Rép. Not., 1961.40, art. 27.996.

mé par les bordereaux ; que la faute professionnelle du notaire était, en l'espèce, d'autant plus grave que la sûreté des garanties attachées à l'exécution du contrat devait, en l'absence de toute preuve contraire, être tenue pour l'une des causes essentielles et déterminantes du contrat. »

La décision est sévère, elle a été assez mal accueillie par les auteurs. Il faut reconnaître qu'elle donne une interprétation bien large du devoir de conseil. La seule manière d'échapper à cette responsabilité consiste, pour les notaires, à demander, lors de la rédaction de l'acte, une décharge à leur client. Peut-être peut-on expliquer cette rigueur en remarquant que la Cour considérerait probablement de nos jours la clause inscrite comme efficace (de nombreuses réticences dans les attendus en donnent l'impression) et que, en conséquence, il s'agit d'un arrêt d'espèce et non de principe.

Il semble bien en définitive que les garanties autrefois ouvertes pour les obligations nominales bénéficient maintenant à celles fixées en valeur réelle. Ces dernières, ignorées par le Code civil, tendent actuellement à se voir reconnaître un régime propre qui provient de l'aménagement de celui créé pour les premières. On peut cependant se demander si ce régime dure jusqu'au jour du paiement.

§ 3. — La date de conversion.

290. — S'il existe un problème relativement à la date de la conversion, c'est que le paiement du prix doit obligatoirement être effectué en monnaie légale. Dès lors, pour l'exécution de l'obligation, il est nécessaire de transformer cette obligation fixée en valeur réelle en une obligation de valeur nominale. Longtemps, pour fixer la date de conversion, les tribunaux ont recherché, ou feint de rechercher, la volonté des parties. Mais ils semblent maintenant retenir la date du jour du paiement.

A. — La recherche de l'intention des parties.

221. — La recherche de l'intention des parties a été, pendant de nombreuses années, le critère auquel s'est arrêtée la jurisprudence en matière de paiements internes, comme en celle de paiements internationaux (140). Il répond à une tendance assez générale des juges français.

La Cour Suprême décidait que, pour savoir à quelle date devait être opérée la conversion de la monnaie de compte en monnaie de paiement, il fallait s'en rapporter à l'intention des parties telle

(140) Cf. ci-dessous, n° 341.

qu'elle ressortait des termes de la clause. Mais cette interprétation était laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation se refusait à en connaître (141). Selon les circonstances, ce furent le jour de l'échéance, le jour de la demande en justice ou le jour du paiement effectif qui furent retenus par les juges du fond (142).

293. — Cette jurisprudence était fort critiquable. En premier lieu elle reposait sur une base fausse : la recherche d'intention des parties était purement fictive, celles-ci n'ayant généralement pas envisagé cet aspect du problème de l'indexation. Cette recherche servait de masque et de justification à la décision purement arbitraire et fondée sur l'équité que prenait le tribunal.

En second lieu, elle méconnaissait absolument le rôle de l'indexation. Le but de celle-ci est de placer l'acte où elle est stipulée sous le régime valoriste. Puisqu'elle est issue de la volonté des deux parties, on ne peut admettre que la décision d'un seul puisse, un jour, lui supprimer toute efficacité et placer dès lors la convention sous un régime nominaliste. L'obligation qui a été conclue valablement en valeur réelle doit conserver ce caractère jusqu'au jour de son extinction, donc de son paiement. Le valorisme ne doit pas s'éteindre au jour où le litige est porté devant les tribunaux, mais au jour où le paiement a réellement lieu. Il ne peut en être autrement que si une clause expresse et non équivoque l'a prévu expressément.

La recherche de l'intention des parties se comprenait à une époque où l'indexation était considérée avec quelque défaveur ; cette jurisprudence est aujourd'hui dépassée. La nature des clauses d'indexation étant maintenant connue, il convient de les appliquer sans réserve ; elles doivent produire effet jusqu'au jour de l'exécution de l'obligation.

B. — *Conversion au jour du paiement effectif.*

294. — C'est, nous le verrons (143), la solution admise en droit international privé en ce qui concerne les obligations libellées en monnaie étrangère. Dans ce cas, en effet, le taux de change retenu est celui du jour du paiement. La jurisprudence et la doctrine françaises, de même que les organisations internationales, se sont accordées sur ce point.

Il faut faire bénéficier toutes les autres clauses de cette évolution, la logique l'impose tout aussi bien que le but de l'indexation. La nou-

(141) Cass. Com., 12 mars 1952, D. 1952.337, note M. Fréjaville, J.C.P., 1952.II.6998, observations J.-Ph. Lévy, G.P., 1952.I.392.

(142) Cf. sur ce point, Observations H.L. Mazeaud, R.T.D.C., 1949, n° 89.

(143) Cf. ci-dessus, n° 342.

velle tendance, révélée par la loi du 17 mai 1960, relative à la fixation de la date de calcul des indemnités, postule aussi en ce sens.

La jurisprudence semble s'orienter vers cette solution. Ainsi, la Cour d'appel d'Amiens, en audience solennelle, a récemment affirmé que « tant qu'un prêt n'a pas été remboursé, il subit la loi du contrat », et en a déduit, dans le dispositif, que l'emprunteur devrait « rembourser la somme correspondant, après application de la clause d'échelle mobile contractuelle, à 8.000 NF, montant initial du prêt » (144).

Désormais, lorsqu'une clause d'indexation sera soumise à un tribunal, celui-ci devrait — après avoir tranché la difficulté apparue — prononcer une condamnation de ce type. Dans un cas, cependant, il pourra avoir à liquider lui-même la dette, ce sera lorsque le procès portera sur ce point. Mais en règle générale il devra faire en sorte que l'obligation reste, jusqu'au jour de son dénouement, soumise au valorisme.

La demande en justice ne peut avoir pour effet de mettre fin à l'application d'une clause d'indexation ; il en est de même d'une consignation. La Cour d'Amiens l'a fort justement décidé en remarquant que les effets de la clause durent tant que subsiste la convention et que « une consignation n'est pas un paiement » (145).

295. — La clause produit tous ses effets jusqu'au jour du paiement. Ce principe est absolu, mais son application impose certains aménagements. Une première difficulté peut naître des délais que nécessite dans certains cas le calcul de l'indice. On peut alors se demander si le paiement est dû au jour de l'échéance ou au jour où le résultat de ce calcul est connu. La Cour de Paris (146) a répondu à cette question que « le loyer calculé en application de cette clause est dû à partir des dates contractuellement prévues et non pas seulement au jour où les résultats de ce calcul ont été portés par le bailleur à la connaissance du preneur ».

La décision est justifiée. Il est en effet normal que ce soit le créancier qui ait la charge de l'opération de conversion et, par suite, celle des retards éventuels qui pourraient survenir. De son côté le débiteur doit se tenir prêt à exécuter dès le jour de l'échéance (147).

(144) Amiens (aud. sol.), 22 mars 1961, G.P., 10 juin 1961.

(145) Il en serait autrement toutefois si les offres réelles suivies de consignation étaient jugées satisfaisantes.

(146) Paris (1^{re} Ch.), 4 juillet 1960, G.P., 1960.II.246.

(147) En ce sens : FAU et DEBEAURAIN, *loc. cit.*, n° 34.

Mais, et c'est là la seconde difficulté, certains indices sont publiés avec trop de retard pour que l'on puisse attendre de les connaître. C'est pourquoi il est bon, dans la convention, de prévoir que l'indice à retenir sera le dernier paru.

Dans un cas particulier, il est même nécessaire de s'en tenir à ce dernier indice publié. Ainsi, les tribunaux qui réévaluent le montant nominal d'une indemnité ne peuvent qu'appliquer cet indice, tout en tenant compte de son évolution probable (148).

296. — La dernière conséquence de ce fait que la clause d'indexation produit tous ses effets jusqu'au jour du paiement effectif consiste en ce que la clause va survivre au jour de l'échéance si l'obligation n'est pas exécutée à temps par un débiteur infidèle. Cette solution n'a pas été admise par tous les auteurs. Ainsi M. Durieux (149) estime-t-il que si le paiement n'est pas effectué à la date voulue la créance se trouve bloquée ; le créancier étant ainsi manifestement lésé, il lui reconnaît cependant le droit d'invoquer la faute du débiteur pour obtenir des dommages-intérêts.

Nous ne pouvons admettre cette conception. En effet l'obligation a été conclue en valeur réelle, elle doit rester telle jusqu'au jour de son exécution, il ne peut appartenir au débiteur de la transformer, par suite de sa négligence ou de sa mauvaise volonté, en une obligation en valeur nominale. Jusqu'au jour de son dénouement elle doit conserver ses caractères.

Si un débiteur n'exécute pas une obligation indexée à la date fixée dans la convention, sa dette n'en reste pas moins soumise aux effets de la clause et ce, indépendamment des dommages-intérêts moratoires et compensatoires que peut demander le créancier.

La dette de valeur réelle doit conserver ce caractère jusqu'au jour du paiement. Cela est vrai même si l'indice ne peut, pour une raison ou pour un autre, jouer son rôle.

§ 4. — Les incidents affectant le jeu de la clause d'indexation.

297. — L'incident le plus actuel est le blocage du jeu de la clause d'indexation institué dans certains cas par l'article 14, § 2, de l'ordonnance de 1959. Mais, le fait qu'il a trait à une question de régime transitoire nous conduit à différer son examen (150).

(148) Sur ce point, voir : Cass., 1^{re} civ., 18 mars 1963, Bull. civ., n° 168, p. 146.

(149) Ph. DURIEUX, Thèse cit.

(150) Voir ci-dessous, n° 373.

298. — Une autre difficulté doit être dès l'abord écartée. Il s'agit de l'hypothèse où les contractants ont commis une erreur relative à l'indice lors de la rédaction de l'acte. Ainsi en est-il quand les parties ont retenu un indice de départ inexact, par exemple lorsque elles ont indiqué qu'à ce jour le taux de l'indice était de X alors qu'il était de Y. Cette erreur, si erreur il y a, a pour conséquence de limiter ou d'accroître les effets de la clause, de créer un abattement à la base ou une prime. Peut-elle être relevée par une partie et rectifiée par le tribunal ? Certainement non. En effet, ainsi que l'a relevé la Cour d'appel de Paris (151), ce chiffre constitue un élément du contrat, il est par suite, comme ce dernier, intangible. Cela est parfaitement justifié : l'erreur peut avoir été volontaire et n'a pas dès lors à être rectifiée.

Ces deux cas étant écartés, deux situations peuvent se présenter. Ou bien l'index choisi disparaît, ou bien il subit les conséquences d'une taxation des prix.

A. — *La disparition de l'index.*

299. — On notera immédiatement que l'indice (ou plus précisément la clause) ne peut disparaître du seul fait de sa non-application par les parties pendant un certain délai. Seule une manifestation expresse de volonté de celles-ci peut avoir cet effet (152). En effet, comme l'a relevé la Cour de cassation (153), la novation ne se présumant pas (154), la simple circonstance que le créancier ait accepté plusieurs années de suite une même somme forfaitaire ne peut suffire à établir que le prix ait été modifié par suppression de la clause.

300. — Ainsi, se pose seule la question de savoir ce qu'il advient de la clause d'indexation lorsque la marchandise de référence disparaît (155) ou lorsque l'indice retenu n'est plus publié. Les deux hypothèses sont très proches et appellent une réponse identique (155 bis).

Il se produit alors, l'indice devenant invariable, un blocage de fait de la clause d'indexation. La convention demeure théoriquement soumise au régime valoriste, la dette reste exprimée par une

(151) Paris, 22 juin 1953, D. 1954.111, note Lalou.

(152) En ce sens : Trib. civ. Strasbourg, 14 juin 1933, Rev. Als. Lor., 1933, 535.

(153) Cass. soc., 15 novembre 1962, Bull. n° 822, p. 680.

(154) Voir ci-dessus, n° 285.

(155) Voir p. ex. : Cass., 1^{re} civ., 18 mars 1958, J.C.P., 1958.II.10563.

(155 bis) En ce qui concerne l'effet de la disparition de l'index sur les clauses de révision : Trib. Gde Inst. Seine, 4 juin 1964, G.P., 26 juin 1964 ; Trib. Gde Inst. Marseille, 17 juin 1964, G.P., 4 septembre 1964 ; R. PATEL, G.P., 26 juin 1964. La seule solution adéquate nous semble être la prise en considération de la formule de raccordement publiée au Bulletin Mensuel de la Statistique de mars 1964, p. 50. La paralysie de la loi ne peut être admise.

formule de type $100 \times a$, mais en fait l'obligation devient une obligation nominale. La clause ne joue plus le rôle qui lui avait été attribué par les parties dont les prévisions se trouvent ainsi déjouées. Il semble difficile de laisser subsister une telle situation.

Certaines décisions l'ont cependant maintenue (156) : elles ont constaté que la clause était paralysée, mais ont cependant refusé de modifier ou d'annuler l'acte. On ne peut admettre une telle rigueur. Tout doit être tenté pour restaurer dans le cadre de la convention un valorisme effectif ; à défaut, l'acte entier doit disparaître.

301. — Si les contractants n'avaient pas pris la précaution de stipuler un indice subsidiaire — auquel cas cet indice se substituerait sans rétroactivité à l'indice principal — leurs conseils, et même les magistrats, devraient les inciter à s'entendre pour choisir un indice du même type. C'est la solution de sagesse, car un désaccord peut avoir des conséquences fâcheuses pour les deux parties ; c'est la solution équitable, puisqu'elle assure véritablement l'exécution de la convention.

En cas d'échec de cette discussion, le créancier introduit généralement, soit une demande en substitution d'indice, soit une demande de nomination d'expert, expert chargé de calculer le niveau actuel de l'indice.

302. — La demande de substitution d'indice n'est généralement pas accueillie par les tribunaux (157). Ainsi le Tribunal civil de Meaux avait, le 2 octobre 1957, admis une substitution d'indice proposée par un expert — substitution bien modeste puisqu'elle se limitait au remplacement de la valeur d'un certain type de chêne par la valeur du chêne qualité menuiserie — ; cette décision a cependant été censurée par la Cour de Paris (158). Celle-ci n'a pas admis qu'un tribunal puisse « substituer à un élément précis un élément estimé, par lui, équivalent ».

De même, deux ans plus tôt, cette Cour (159), dans un arrêt remarquable où elle relevait que l'annulation de la convention « ne saurait se justifier par l'atteinte portée à une simple modalité d'exécution » et que le maintien pur et simple de la clause « ruinerait

(156) Soc., 14 mai 1943, J.C.P., 1943.II.2337. *Contra* : Soc., 27 avril 1945, S. 1945.I.63.

(157) Quelques rares juridictions l'ont cependant admis. Outre le Tribunal civil de Meaux, on peut citer le Tribunal de commerce de Bordeaux, 12 mai 1942, J.C.P., 1942.II.2048, note Becqué, G.P., 1942.II.70, et la Cour d'appel de Colmar, 14 novembre 1960 (inédit).

(158) Paris (16^e Ch.), 9 mars 1959, Jour. Sp. Soc., 9 février 1960, Rev. Loy., 1959, 552.

(159) Paris (2^e Ch.), 18 mars 1957, J.C.P., 1957.II.9940, observations R. Combaldieu.

l'économie de la convention », s'est refusée à admettre la substitution à l'ancien indice du coût de la vie calculé sur 34 articles du nouveau, calculé sur 213 articles au motif que « même affecté d'un coefficient de raccordement indiqué par l'Institut National de la Statistique, il pourrait aboutir à des résultats différents ».

Remarquons à ce propos que lors du remplacement de l'indice des 213 articles par celui des 250 articles, le législateur a procédé à une substitution d'office (160) ; dans tous les actes où le premier avait été stipulé, le second a pris automatiquement sa place. La continuité étant assurée, tout se passe comme si aucun changement n'avait eu lieu (161).

303. — Ayant écarté ce mode d'aménagement de la clause d'indexation, la Cour s'est tournée vers le second : la détermination du niveau de l'indice par expertise.

« En définitive, à défaut de tout accord des parties pour fixer un indice de remplacement et définir son équivalence par rapport à l'ancien, il apparaît que le recours à l'expertise... est le procédé de nature à porter l'atteinte la moins profonde à la volonté des contractants ».

La validité de ce procédé, assez fréquemment retenu par les tribunaux (162), a été reconnue par la Cour Suprême (163). M. Combaldieu (164) en a dit qu'« il présente sur le plan juridique et sur celui de l'équité, l'avantage appréciable de respecter au maximum la volonté réelle des parties ». Cela ne fait aucun doute, on ne peut être plus fidèle à leur intention.

Mais on peut se demander si ce souci n'est pas poussé trop loin. Ainsi que l'a remarqué cet éminent magistrat, « sur le plan pratique

(160) Loi n° 58-229 du 6 mars 1958.

(161) Ainsi le Tribunal de commerce de Dunkerque le 9 mai 1960, G.P., Tables, 1960.II, Paiement n° 7, a décidé que, s'agissant toujours du même indice, un indice subsidiaire prévu au contrat ne pouvait recevoir application. En l'absence de solution de continuité de l'indice principal, l'indice secondaire n'avait pu le supplanter. En ce sens : Paris (14° Ch.), 25 mars 1960 (inédit), Trib. Gde Inst. Bourg, 29 avril 1963, G.P., 1963.II.273 et la note.

(162) Par exemple : Aix, 1^{er} décembre 1942, J.C.P., 1942.II.2076. Poitiers, 17 novembre 1943, J.C.P., 1944.II.2527. Nancy, 31 octobre 1945, D. 1946.163. Bourges, 15 octobre 1946, J.C.P., 1947.II.343, note J. Carbonnier. Agen, 5 novembre 1948 ; D. 1949.87, S. 1949.2.118. Paris, 18 mars 1957 et 9 mars 1959, précités. Trib. civ. Seine, 24 mars 1945, G.P., 1945.I.165. Trib. civ. Angers, 15 janvier 1945, G.P., 1945.I.131.

(163) Cass. Com., 8 octobre 1958, Bull. civ., 1958.III, p. 280, n° 334 : « ...que la Cour a pu décider sans dénaturer la convention des parties qu'il y avait lieu, à défaut de la publication officielle à laquelle se référait celle-ci, de déterminer par expertise le taux de l'indice applicable ». De même : Cass. civ., 26 octobre 1948, S. 1949.I.89, note Starck. Dans le même sens : Cass. Com., 25 février 1963, J.C.P., 1963.II.13231, note B. Boccara, Bull. civ., 116, p. 96.

(164) R. COMBALDIEU, note cit., J.C.P., 1957.II.9940.

quelques réserves doivent être formulées ». Cette solution conduit en effet à une situation peu viable ; elle impose une expertise lors de chaque échéance, ce qui est une source de frais et de retards. Cela apparaît nettement dans les espèces relevées.

Par exemple, l'expert nommé par le Tribunal civil de Meaux ne put parvenir, malgré des recherches diligentes au nombre desquelles figurait une consultation de la Société Centrale des Architectes, à fixer précisément le prix du chêne visé dans le bail. N'aurait-il pas été plus sage d'admettre la substitution d'indice qu'il proposait ?

D'une manière plus générale, on peut penser que ce procédé devrait être plus largement admis à condition d'être employé avec prudence. L'atteinte portée à la volonté des parties est minime, l'application du valorisme y gagne en efficacité et en simplicité. Il faut que la disparition de l'indice, simple accident sans signification particulière, ne trouble en rien l'exécution de la convention. La substitution d'indice est le procédé le plus propre à atteindre ce but, c'est lui qui devrait l'emporter. A défaut, on peut parfaitement admettre la nomination d'expert.

304. — Mais, au cas où aucune de ces demandes ne serait accueillie, il ne serait pas possible d'admettre, sauf exception particulièrement justifiée, la survie de l'acte. La disparition de l'indice constituant un blocage de fait, pratiquement un régime nominaliste succède au régime valoriste prévu au contrat. Cette modification fondamentale de la convention et de l'équilibre des obligations qu'elle crée justifie la demande en résiliation.

Malgré les réticences de certaines juridictions (165), il faut admettre avec la Cour de cassation que l'article 1172 du Code civil est applicable en la matière (166). On peut invoquer en ce sens les mêmes arguments que dans le cas de la nullité ou du blocage de la clause (167). De même, l'apparition d'un nominalisme de fait bouleverse suffisamment l'équilibre contractuel pour justifier le recours à l'article 1184 du Code civil. On peut d'ailleurs souhaiter que la simple menace de cette sanction incitera les parties à s'entendre pour désigner un nouvel indice.

305. — Ce simple avantage suffit à justifier la recevabilité de ces deux actions. Les conventions doivent être exécutées de bonne foi ;

(165) Rappelons que la Cour de Paris, dans l'arrêt précité du 18 mars 1957, estimait que l'annulation de la convention « ne saurait se justifier par l'atteinte portée à une simple modalité d'exécution ».

(166) Cass. civ., 26 octobre 1948, S. 1949.I.91, note Starck. 28 février 1949, G.P., 1949.I.184.

(167) Voir ci-dessous, n° 373.

lorsque des contractants se sont entendus pour placer leur accord sous le signe du valorisme, ils doivent tout faire pour assurer l'exécution intégrale de cet élément essentiel. Un simple accident survenu à la clause ne saurait les dispenser de cette obligation.

La clause d'indexation est un élément essentiel de la convention; il est par suite justifié que sa disparition entraîne celle de l'acte tout entier. L'importance des effets de la clause est telle que sa caducité doit être sanctionnée de la manière la plus sévère. Mais il ne peut en être ainsi lorsque la référence ne fait que subir les effets d'une taxation des prix.

B. — *La taxation des prix.*

306. — Lorsque le prix de la denrée de référence est taxé, trois situations doivent être envisagées. Ou bien la taxe détermine un prix obligatoire, ou bien elle fixe un prix minimum, ou bien encore elle impose un prix maximum.

Dans le premier cas aucune difficulté : le prix à retenir est celui qui a été impérativement établi. Lorsque les arrêtés de hausse interviennent, les prix nouveaux sont immédiatement applicables. Seul point à noter, dans le cas où c'est le prix qui fait l'objet de la convention qui est taxé, la clause d'indexation perd tout effet (168) et cette convention se trouve placée sous le signe du nominalisme.

En revanche, lorsque la taxation a fixé un prix minimum, il convient de retenir le prix réellement pratiqué sans toutefois qu'il puisse être inférieur au niveau imposé. De même, quand existe un plafond, ce qui est le plus courant de nos jours, c'est le prix effectivement pratiqué qui doit être pris en considération.

Dans tous ces cas la clause continue, au moins virtuellement, à produire ses effets, dès lors il ne peut être question d'admettre une demande en résolution.

307. — Certaines difficultés peuvent cependant apparaître. Notamment on peut concevoir que le prix d'un produit soit taxé alors que celui d'un produit proche ne l'est pas. On peut alors hésiter sur le point de savoir lequel des deux prix devra être retenu. Mais c'est encore la notion d'indexation interne qui permettra dans la majeure partie des cas de trouver la solution adéquate. Par exemple, si le prix de l'huile d'arachide a été taxé alors que le prix de l'huile d'olive ne l'a pas été, il faudra rechercher lequel de ces deux produits, retenu par hypothèse parce qu'il était en rapport avec la convention, se trouve dans le rapport le plus immédiat au moment du paiement.

(168) En ce sens : Cass. Com., 8 mai 1961, Bull. n° 194, p. 170.

Ainsi une difficulté proche est déjà apparue. Désirant freiner la hausse du S.M.I.G., les pouvoirs publics avaient fixé à un niveau particulièrement bas le prix du nettoyage « ordinaire » du complet deux pièces. Cependant, afin de ne pas porter atteinte aux intérêts des teinturiers, ils avaient admis l'application d'un tarif plus élevé pour un travail « de qualité ». De fait, seul ce dernier prix est appliqué. Or le prix de vente d'une teinturerie avait été indexé sur le prix du nettoyage de ce vêtement ; se posait donc la question de savoir lequel des deux prix devait être pris en considération. La réponse était certaine : le débiteur appliquant le prix du travail dit « de qualité », c'est ce dernier qui devait être retenu puisqu'il était seul en rapport avec l'objet de la convention. C'est bien en ce sens que s'est prononcé le Tribunal de commerce de la Seine dans un jugement du 30 mai 1963 (169).

308. — Cette espèce conduit à se demander quelle devrait être l'attitude des tribunaux dans l'hypothèse où, un indice étant en cause, les pouvoirs publics l'auraient fait irrégulièrement établir. Pourraient-ils alors, sur la demande de l'une des parties, donner mission à un expert de le calculer correctement ? Quoiqu'une telle mesure paraisse assez délicate à prendre, il semble qu'on puisse admettre qu'elle le soit, dans le cas où l'irrégularité serait flagrante, dès lors que cet indice n'aura pas été publié par un acte comportant exercice de la puissance publique (ce qui est ordinairement le cas : les indices sont ordinairement portés à la connaissance du public par simples avis). La volonté des parties doit en effet être respectée, et il n'appartient pas à l'administration d'y porter atteinte. Là encore les tribunaux devront assurer la justice contractuelle.

§ 5. — L'action en justice.

309. — La première question (170) qui se pose à la partie qui conteste la valeur ou l'application d'une clause d'indexation (et plus généralement de la convention où elle est stipulée) est celle de savoir quel est le tribunal compétent pour connaître du litige. La compétence d'attribution est-elle déterminée par le montant de la dette au jour où a été conclue la convention, ou par son niveau au jour de la demande en justice ?

Logiquement, c'est la seconde solution qui devrait être retenue. En effet, il serait normal que l'on s'attache à la valeur réelle de la

(169) G.P., 1963.II.417 et la note.

(170) À noter que l'erreur de calcul par le juge du fond dans la mise en œuvre de l'indice ne constitue pas un cas d'ouverture au pourvoi en cassation ; en ce sens : Cass. Com., 9 juin 1959, J.C.P., 1959.IV, p. 93.

dette litigieuse plutôt qu'à une valeur fictive souvent de loin inférieure. Le législateur relève fréquemment le taux de compétence des tribunaux pour faire face à la dépréciation monétaire et assurer à chaque tribunal le maintien de la catégorie d'affaires dont il doit normalement connaître. L'importance de ce caractère réel de la compétence d'attribution devrait conduire à retenir la valeur réelle de la dette.

Un seul texte concerne cette question ; l'article 5 de la loi du 25 mars 1949 (171) relative à la revalorisation de certaines rentes viagères constituées entre particuliers. Les articles précédents visant successivement les rentes non indexées, puis les rentes indexées, il décide que, en cas de contestation, « seront de la compétence du tribunal de grande instance... les rentes originaires supérieures à 1500 nouveaux francs ».

Ainsi, c'est la première solution qui a été retenue par le législateur de 1949. Il estime que ce qui doit être pris en considération c'est la valeur « originaire » de la dette, donc sa valeur nominale par opposition à sa valeur réelle. Sans doute peut-on invoquer en ce sens la simplicité et la sécurité qu'assure la référence à la valeur nominale, mais l'argument n'a guère plus de poids que dans les autres domaines du droit où nous l'avons déjà rencontré et écarté. En réalité, l'avènement des obligations déterminées en valeur réelle devrait conduire à éliminer la référence à la valeur nominale.

On relèvera d'ailleurs en ce sens un arrêt de la Cour de Paris du 26 janvier 1928 (172). Dans une convention était stipulée une dette fixée en florins, le requérant en demandait le paiement en France, donc en francs français. L'affaire ayant déjà été jugée en premier ressort se posait la question de la recevabilité de l'appel. A s'en tenir à la valeur-or, l'appel était irrecevable ; calculer le montant de la dette en valeur réelle (donc au cours du change) conduisait en revanche à recevoir l'appel. C'est à cette dernière solution que s'est arrêté l'arrêt. Ce qui est vrai pour la monnaie étrangère doit l'être pour les clauses d'indexation.

Tous les effets de l'indexation, sans exception, devraient être déterminés par cette idée que seule la valeur réelle compte lorsque les dettes sont placées sous le signe du valorisme. Mais cette conception n'est pas encore totalement admise. Elle ne l'est pas par exemple en matière fiscale.

(171) Modifiée par le décret n° 60-60 du 16 janvier 1960.

(172) G.P., 1928.I.516.

§ 6. — Le régime fiscal de l'indexation.

310. — Contrairement à ce qui est admis en droit privé, en droit fiscal, la différence nominale qui résulte du jeu de l'indexation est tenue pour une plus-value. Sans doute le droit fiscal s'est-il adapté à la dépréciation monétaire (173), mais, en ce qui concerne les clauses d'indexation, il a maintenu son point de vue traditionnel. Les fonctionnaires du Ministère des Finances estiment que la clause d'indexation a pour effet de réévaluer la dette primitive.

Remarquons tout de suite qu'aucun texte n'est intervenu en la matière et que les seuls renseignements que nous possédions proviennent de réponses ministérielles. Mais toutes considèrent que la différence nominale constitue un gain pour l'une des parties et une perte pour l'autre. De plus, le fisc ne prend cette différence en considération que lorsqu'elle intéresse un professionnel (174).

311. — Ainsi, lorsqu'une entreprise a contracté un prêt ou un emprunt, la différence positive ou négative est, soit imposable car constituant un gain, soit déductible comme entrant dans les frais généraux (175). Au contraire, s'il s'agit d'un particulier, cette différence reste en dehors du champ d'application de l'impôt sur le revenu des personnes physiques (176). La même solution a été admise dans le cas de vente de fonds de commerce (177).

(173) Sur ce point : cf. RIPERT, DURAND et ROBLOT, *Le droit fiscal des affaires après la réforme fiscale*. A. DECOCQ, *loc. cit.*, n° 28 et 29.

(174) Sur cette question, cf. Ph. DURIEUX et A. PRÉCIGOUT, *op. cit.*, p. 123 et suiv., n° 132 et 133. D'un auteur anonyme : Les contrats indexés et l'impôt, *L'informateur du chef d'entreprise*, 1959, pp. 333-342, 429-441, 531-545 et 599-611.

(175) Réponse ministérielle, *J.O.*, déb. C.R., 24 octobre 1949, p. 2429 : « Les gains réalisés ou les pertes subies lors du remboursement de prêts indexés doivent entrer en ligne de compte pour la détermination des bénéfices imposables des intéressés lorsque les prêts dont il s'agit figurent au bilan d'une entreprise industrielle ou commerciale, ont été consentis dans le cadre ou pour l'exercice d'une profession non commerciale ou ont été contractés pour les besoins d'une exploitation agricole. Par contre, lorsqu'ils constituent le résultat d'une opération réalisée dans le cadre de la gestion d'un patrimoine privé, ces gains ou pertes — qui présentent le caractère d'un gain ou d'une perte en capital — ne peuvent que rester en dehors du champ d'application de l'impôt ». Dans le même sens : *J.O.*, déb. A.N., 17 février 1952, p. 766, *J.O.*, déb. A.N., 20 mars 1958, p. 1735, n° 8359, *J.O.*, déb. C.R., 16 mai 1958, p. 856, n° 7962.

(176) En ce sens les mêmes réponses ministérielles que ci-dessus. Par exemple, réponse du 20 mars 1958 ; des bons de caisse anonymes indexés ayant été émis par une société, la prime résultant de la hausse des prix qu'ont reçue les particuliers a été déclarée non imposable, mais déductible pour l'entreprise. De même, réponse du 16 mai 1958, des associés ayant consenti un prêt à leur société, la prime de remboursement a été déclarée non imposable pour les associés à condition qu'ils n'aient pas « consenti le prêt à titre professionnel ».

(177) *J.O.*, déb. A.N., 27 mai 1958, p. 2504, n° 10.342 : « Les gains réalisés par le cédant d'un fonds de commerce postérieurement à la cession, par le jeu

Cette différence de régime qui existe entre les opérations « réalisées dans le cadre de la gestion d'un patrimoine privé » et celles « réalisées dans le cadre de la gestion d'un patrimoine professionnel » (178) a pour effet, en période de dépréciation, de favoriser les prêteurs particuliers par rapport aux prêteurs entreprises. Elle incite les particuliers à contracter leurs prêts à titre personnel et leurs emprunts dans le cadre de leur entreprise (179).

Le résultat est à tout le moins curieux ; il montre que l'analyse des effets de l'indexation donnée par l'administration fiscale est erronée. En réalité, la différence due au jeu de l'indexation ne peut être considérée comme un gain ou une perte, elle n'est pas le « fruit d'une opération spéculative quelconque » (180).

L'administration fiscale ne se serait pas trouvée conduite à cette solution si elle avait admis, à l'instar de la jurisprudence judiciaire, que l'indexation crée un nouveau type d'obligations qui doivent être soumises à un régime propre. Cela apparaît de manière particulièrement nette en ce qui concerne les sanctions applicables aux conventions contenant des clauses d'indexation irrégulières.

IV. — LES SANCTIONS

312. — Lorsque les parties se sont mises d'accord pour fixer leurs obligations en valeur réelle, elles peuvent avoir mal choisi la clause d'indexation au regard de la législation en vigueur au jour de la conclusion de la convention : cette clause sera alors nulle. Le caractère de la sanction ne saurait faire de doute, il s'agit d'une nullité absolue. Mais on peut se demander quel sera l'effet de cette nullité tout à la fois sur le régime des paiements et sur l'existence même de la convention.

§ 1. — Caractère de la nullité.

313 — Il est certain qu'une clause d'indexation illicite est nulle de nullité absolue. Le caractère d'ordre public des règles monétaires a en effet été mis en lumière tant par la jurisprudence que par la

d'une clause d'indexation... échappent en principe... à l'impôt sur le revenu des personnes physiques ». Ce, à la condition que la dette n'ait pas été inscrite au bilan d'une nouvelle exploitation commerciale du créancier.

(178) Article de l'informateur du chef d'entreprise précité.

(179) Ph. DURIEUX et A. PRÉCIGOUT, *op. cit.*, n° 133.

(180) A. TUBIANA, *Réflexions sur une incidence fiscale de l'indexation*, R.T.D. Com., 1960.65.

doctrine (181). On remarquera même qu'il s'agit d'un ordre public économique (182) et que les lois monétaires paraissent être d'application immédiate (183). Les tribunaux en ont tiré les conclusions qui s'imposaient.

314. — Ils ont admis en premier lieu que cette nullité peut être invoquée par celle des deux parties qui y a intérêt (184). Ce sera le créancier lorsque l'indice n'aura pas suivi l'évolution du coût de la vie, ce sera le débiteur lorsque l'indice l'aura dépassée. Le cas était fréquent avant l'ordonnance du 4 février 1959, il le sera encore plus désormais puisque les indices monétaires sont interdits.

Bien plus, cette nullité peut être relevée d'office par le tribunal saisi d'un litige relatif à une convention contenant une obligation indexée (185). Cette conséquence du caractère d'ordre public de la nullité a été très tôt affirmée par les tribunaux. Ainsi le Tribunal de commerce de la Seine a-t-il affirmé : « que de telles stipulations sont illicites et ne sauraient être validées, qu'il échet en conséquence de les déclarer, même d'office, nulles et de non effets » (186).

Enfin, s'agissant d'une nullité d'ordre public, elle peut être relevée en tout état de cause. En particulier elle peut l'être pour la première fois en appel ainsi que la Cour Suprême l'a fort justement admis dans une décision récente (187). En revanche, il ne semble pas qu'elle puisse l'être pour la première fois devant la Cour de Cassation (188).

C'est, par ailleurs, la prescription trentenaire qui est applicable en la matière et non la prescription décennale de l'article 1304. La

(181) Voir par exemple : Cass. civ., 11 février 1873, D.P., 1873.I.177 ; 17 mai 1927, D.P., 1928.I.25, conclusions Matter et note H. Capitant. — Toulouse, 11 mars 1954, G.P., 1954.I.385 dont les motifs prêtent à discussion — Conclusions A. Besson, précitées, sect. VIII.

(182) Sur ce point : G. FARJAT, *L'Ordre public économique*, Paris, 1963, p. 391, n° 494.

(183) Sur l'application dans le temps des lois monétaires : H.L.J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. I, n° 648. MALAURIE, *loc. cit.* H. PICARD, conclusions sous Paris, 30 novembre 1938, G.P., 1939.I.247. Voir : Paris, 19 juillet 1948, G.P., 1948.II.215.

(184) En ce sens : Toulouse, 11 mai 1931, D. 1931.2.81, note Loup, S., 1932.2.49, note Mestre, G.P., 1931.II.392.

(185) Toutefois, le Ministère public ne peut pas agir d'office pour demander l'annulation d'une clause illicite (En ce sens : G. FARJAT, *L'Ordre public économique*, Thèse, Paris, 1963, p. 351, n° 435).

(186) Trib. Com. Seine, 2 mars 1927, G.P., 1927.I.707. En ce sens : Trib. civ. Lyon, 25 juin 1927, G.P., 1927.II.730 ; Rouen, 16 octobre 1927, G.P., 1927.II.843 ; Douai, 4 juin 1928, Rec. Douai, 1928.299.

(187) Civ. (2^e sect. civ.), 13 mars 1959, Bull. civ., n° 266, *a contrario*.

(188) Cass. Com., 24 janvier 1950, Bull. civ., p. 21, n° 31 ; Cass. (1^{re} civ.), 19 juillet 1961, Bull. civ., p. 328, n° 417.

réglementation de l'indexation tend en effet non à la protection des intérêts particuliers mais à celle de l'intérêt général. La Cour de Cassation l'a récemment rappelé (189).

Il faut en conclure que les parties ne peuvent confirmer une clause nulle (190) ; celle-ci ne peut produire aucun effet. Cela apparaît très nettement dans le régime des paiements.

§ 2. — Les effets de la nullité sur le régime du paiement.

315. — Le prononcé de la nullité de la clause d'indexation produit un effet extrêmement important : il transforme l'obligation antérieurement fixée en valeur réelle en une obligation nominale. Alors que les contractants avaient écarté la monnaie légale, la nullité la réintroduit et ce, d'une manière rétroactive. L'obligation, qui avait été voulue du type $100 \times a$, est censée avoir toujours été de 100.

Le ou les paiements qui auront à être effectués postérieurement le seront sur la base de la valeur nominale, quelle que soit la hausse du coût de la vie. Le bénéficiaire de la clause subira donc une perte très lourde. Mais il y a plus grave encore : la nullité ayant un effet rétroactif les paiements antérieurs se trouvent remis en question.

316. — Le débiteur qui, avant de demander la nullité de la clause, avait effectué des paiements en tenant compte du jeu de l'indexation, est considéré comme ayant effectué des versements indus. Par suite, il est autorisé à répéter la différence entre la valeur réelle et la valeur nominale. On ne saurait en effet prétendre que le paiement valait confirmation puisque celle-ci n'est pas admise en la matière. La Cour d'appel de Nîmes, sur renvoi, dans la fameuse affaire Consorts Pélissier du Besset (191), l'a fort nettement affirmé :

« ...on ne conçoit pas comment les appelants, qui se prévalaient du cours forcé pour l'avenir, n'en revendiqueraient pas le bénéfice dans le passé...

« dit que les représentants de Pélissier du Besset sont fondés à réclamer, ou à retenir par compensation, les sommes constituant la différence entre celle qu'ils ont payée en monnaie anglaise et celle qu'ils auraient dû payer en monnaie légale française ».

(189) Civ. (1^{re} sect. civ.), 15 janvier 1957, Bull. civ., 1957.I, n° 17. En ce sens : FAU et DEBEAURAIN, *loc. cit.*, n° 69.

(190) En ce sens : Toulouse, 11 mai 1931, précité.

(191) Nîmes (aud. solen.), 9 janvier 1928, G.P., 1928.I.713. La solution avait déjà été admise par le Trib. civ. de Béziers le 25 juin 1926 (G.P., Tables, 1925-1930, V° Paiement, n° 512).

Ainsi, le caractère valoriste de l'obligation disparaît tant en ce qui concerne le passé qu'en ce qui concerne l'avenir. Mais s'il est vrai qu'il n'existe plus qu'une obligation civile nominale, ne peut-on pas admettre que subsiste une obligation naturelle en valeur réelle ? Certains l'ont soutenu.

317. — La Cour d'appel de Paris, qui était saisie de cette question, a admis la survie d'une obligation naturelle (192). Un sieur Titeux avait contracté en 1935 un emprunt affecté d'une clause-or. En 1949, ses fils destinent une somme de 6.300 dollars au remboursement de cette dette. Ils effectuent un premier versement en 1951, mais, se ravisant, demandent peu après la nullité de la clause et celle de la convention de 1949.

Le tribunal civil leur avait donné raison, mais la Cour estima que si la clause d'indexation était nulle, elle « laissait subsister à la charge des héritiers un devoir de conscience » et que « c'est manifestement pour ces circonstances que J.T., malgré la nullité de l'engagement souscrit par son père, a promis en 1949 de rémunérer le prêteur en tenant compte de la dévaluation du franc » ; elle en conclut que « l'obligation ainsi contractée, qui se justifie par des considérations légitimes de probité entre parents, doit être tenue pour obligation naturelle transformée en obligation civile susceptible de recevoir comme telle sa pleine et entière exécution ».

Mlle Michèle Petot, insistant sur le devoir moral qui incombait aux héritiers, et mettant l'accent sur la notion d'équité, s'est prononcée en faveur de cette solution. Mais son adhésion n'est pas complète ; elle manifeste quelques doutes quant à la pertinence des motifs invoqués par la Cour. Elle estime que la décision, louable quant au fond, aurait été mieux justifiée si la Cour avait fait appel à l'exécution partielle de 1951.

En réalité, il n'en est rien, cet arrêt est irrémédiablement vicié. La base sur laquelle il repose est en effet fausse. Une obligation nulle de nullité absolue comme contraire à l'ordre public ne peut donner naissance à une obligation naturelle (193). Il est vain de vouloir opposer un devoir de conscience à l'ordre public, et surtout à un ordre public à caractère partiellement économique ; les deux impératifs ne sont pas de valeur égale, le second, l'emportant incon-

(192) Paris (7^e Ch.), 30 avril 1958, D. 1958.553, note Ph. Malaurie, J.C.P., 1959.II.11015. Observations Michèle Petot.

(193) C'est ce que vient de préciser de la manière la plus nette un arrêt de la Cour de cassation, 2^e sect. civ., du 8 mars 1963 (G.P., 1963.II.147) : « ...il n'y a pas d'obligation naturelle à exécuter une promesse dont la cause est illicite ».

testablement sur le premier, ne peut être mis en échec par lui (194).

318. — L'obligation de valeur réelle qui disparaît par suite de la nullité de la clause d'indexation ne laisse donc place qu'à une obligation nominale. Aucune obligation naturelle de valeur réelle ne subsiste.

L'effet de la nullité de la clause d'indexation sur le régime du paiement est donc absolu. La convention est censée avoir été toujours soumise au nominalisme, aucun tempérament ne vient freiner le jeu de cette fiction. C'est pourquoi le bénéficiaire de la clause, pour éviter cette catastrophe, va demander l'annulation — ou la résolution — de l'acte où elle a été stipulée.

§ 3. — Les effets de la nullité sur l'acte.

La demande d'extension de la nullité de la clause d'indexation à l'ensemble de l'acte, peut être accueillie, et l'acte disparaîtra, mais elle peut aussi être écartée et alors l'acte subsistera sans clause d'indexation, à moins que la clause nulle ait pu être aménagée.

a) *La disparition de l'acte.*

319. — Aux termes de l'article 1172 du Code civil : « Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend ». La jurisprudence a donné une interprétation assez stricte de ce texte en décidant que seules les conditions impulsives et déterminantes pourraient avoir cet effet (195).

En conséquence, la nullité d'une clause d'indexation ne peut entraîner celle de l'acte que si la clause constitue une condition impulsive et déterminante de la convention. Toute la difficulté réside donc dans la question de savoir si la clause présente ces caractères.

Pour le savoir, la jurisprudence s'est longtemps tournée vers l'intention des parties. Les juges du fond, puisque la Cour Suprême leur abandonnait cette tâche (196), recherchaient si, lors de la conclusion de la convention, les contractants avaient entendu que cette

(194) En ce sens : G. RIPERT, *La règle morale*, p. 576, n° 193 et p. 387, n° 198. Voir aussi, M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Thèse, Paris, 1957, p. 144 et suiv.

(195) Par exemple, Civ., 21 novembre 1932, D.H., 1933.19. En matière de libéralité la solution est la même bien que l'article 900, C. civ. prévoit que les dispositions illicites sont réputées non écrites, par suite de l'interprétation large de la jurisprudence (notamment, Req., 5 janvier 1909, D.P., 1913.5.35).

(196) Req., 22 décembre 1930, G.P., 1931.I.57 ; Cass. civ., 21 novembre 1932, D.H., 1933.19. Cass. com., 27 janvier 1953, G.P., 1953.I.277.

clause constituât un élément essentiel de l'acte (197). Les circonstances de la rédaction de la convention, ses termes, son exécution leur permettaient de déceler cette volonté.

Ainsi une clause d'indexation ayant été adjointe alors que le contrat était déjà définitivement conclu, le Tribunal de Commerce de la Seine a estimé qu'elle ne pouvait avoir été déterminante (198). Dans ce cas les faits étaient suffisamment clairs pour que la solution ne prête pas à critique. Mais il n'en est pas toujours ainsi. Par exemple, il a été jugé qu'une clause n'avait pu être déterminante parce que les parties ne l'avaient pas observée pendant plusieurs années. Bien que cette décision n'ait pas été sanctionnée par la Chambre des Requêtes (199), elle paraît pour le moins douteuse.

320. — La recherche de l'intention des parties, si elle prétend à une plus grande justice, ne fait en réalité, en la matière, que masquer un renoncement des tribunaux. Elle est critiquable tout d'abord en ce que ses résultats sont extrêmement incertains ; aucun élément précis n'oriente les magistrats dans la majorité des cas, de telle sorte que leur effort revêt très souvent un caractère divinatoire fort regrettable. Elle l'est d'autre part en ce qu'elle marque un refus d'analyse de l'indexation.

Plutôt que de laisser planer l'incertitude, plutôt que de se référer à des éléments mineurs, ne serait-il pas préférable de rechercher si l'indexation ne constitue pas en elle-même, et indépendamment de toute autre considération, une condition impulsive et déterminante de la convention ? L'analyse subjective n'ayant pas donné satisfaction, il peut être intéressant de se tourner vers les éléments objectifs.

321. — Les derniers auteurs qui se sont penchés sur cette question ne sont pas allés aussi loin bien qu'ils aient préconisé une nouvelle conception. Ils ont affirmé que, sauf clause contraire, la clause d'indexation devait être considérée comme ayant constitué dans l'esprit des contractants une condition impulsive et déterminante (200). C'est ce que soutient M. le Professeur J.-Ph. Lévy :

(197) En ce sens : Amiens, 28 juillet 1961, J.C.P., 1961.II.12299.

(198) Trib. Com. Seine, 6 janvier 1937, G.P., 1937.I.465. Il a de même été jugé que la nullité de la clause insérée dans une contre lettre spéciale ne peut affecter l'acte apparent : Toulouse, 11 mai 1931, précité.

(199) Req., 30 avril 1934, G.P., 1934.II.434, S. 1934.I.216.

(200) Par exemple : A. BESSON, conclusions cit., section X. G. HUBRECHT, *loc. cit.* : « Il n'est pas douteux que lorsque l'indexation est condamnée par les textes actuellement en vigueur, le contractant qui ne peut obtenir son dû a le droit de réclamer l'annulation du contrat qu'il n'a généralement consenti que parce qu'il était indexé : » H.L.J. MAZEAUD, *op. cit.*, T. II (2^e éd.), p. 786, n° 880 : « Le caractère impulsif et déterminant de cette clause doit être présumé. » J. NOIREL, *loc. cit.*, n° 48.

« A notre époque, on peut raisonnablement considérer qu'une clause d'échelle mobile a toujours été la condition *sine qua non* du consentement même si l'on n'a pas pris la précaution de le dire expressément dans le contrat par une convention spéciale de résiliation au cas d'empêchement de son libre jeu » (201).

Cela revient à établir une présomption simple en faveur du caractère impulsif et déterminant de l'indexation, tout en restant sur le plan de l'intention des parties. Dans l'esprit de ces auteurs, il semble que celui qui entend voir maintenir la convention doive apporter la preuve contraire et que cette preuve doive être admise avec beaucoup de circonspection par les tribunaux.

D'aucuns ont accueilli cette évolution avec méfiance ; tel est le cas de M. L. Page (202), qui a écrit en réponse à l'article de M. Lévy :

« Considérer toutes les clauses d'indexation comme ayant été déterminantes de l'engagement des parties, c'est, nous semble-t-il, aller bien loin, bien vite ».

Cette réticence, émanant d'un praticien, doit évidemment retenir l'attention. Elle confirme l'impression qu'aucune solution absolue ne saurait être donnée, seule une présomption peut être dégagée. Elle peut l'être à partir de l'intention des parties, mais aussi à partir de la nature de l'indexation.

322. — L'indexation a incontestablement dans l'acte où elle est stipulée un effet essentiel puisqu'elle détermine le prix qui est dû par l'une des parties. L'existence d'une clause d'indexation détermine une dette de valeur réelle, la disparition de cette clause transforme le régime du paiement et donne naissance à une dette nominale. L'obligation de l'une des parties se trouve donc fondamentalement bouleversée lorsque la clause d'indexation est annulée. C'est plus qu'une clause qui est atteinte, c'est l'obligation de l'une des parties telle qu'elle avait été déterminée dans l'acte ; c'est même la conception générale de celui-ci qui est condamnée. L'annulation de l'indexation doit donc normalement entraîner celle de l'acte dans son ensemble (203). Il n'en sera autrement que dans le cas où la clause a été jointe après coup à une convention d'ores et déjà conclue puisque alors elle ne sera pas réellement intégrée à l'ensemble de la convention.

Le défendeur devant apporter la preuve que la clause n'était pas impulsive et déterminante dans l'esprit des contractants, ou qu'elle n'était pas réellement intégrée à l'ensemble de la conven-

(201) J.-Ph. LÉVY, *loc. cit.*, J.C.P., 1959.I.1472.

(202) L. PAGE, *loc. cit.*, JOUR. NOT., 1959, article 45.986.

(203) En ce sens : Aix, 5 juillet 1929, G.P., 1929.II.545.

tion, preuve fort délicate à faire, les demandes en nullité devraient donc être pratiquement très souvent accueillies favorablement (204).

De même d'ailleurs il est possible à la partie lésée d'invoquer l'application de l'article 1184 du Code civil puisque les conditions de mise en œuvre de ce texte sont par définition réunies (205).

Mais il serait plus sage que les parties s'entendent pour résilier la convention et en conclure une autre comprenant une clause valable. Pratiquement, afin d'éviter toute contestation, dès la conclusion du contrat il est de bonne politique de prévoir un indice de remplacement qui permettra de conserver sa valeur réelle à l'obligation en cas de maintien de l'acte.

b) *Le maintien de l'acte.*

323. — Si la clause nulle n'a pas été jugée impulsive et déterminante, ou si le tribunal a refusé de prononcer la résolution, l'acte va subsister avec des obligations déterminées en valeur nominale.

Mais, en règle générale, lorsque l'acte est maintenu, c'est qu'une clause nouvelle a été substituée à la clause nulle. Bien souvent, la substitution se réalise automatiquement car il est courant que les parties aient prévu un indice subsidiaire. Si ce dernier est valable, il prend rétroactivement la place de celui qui a été annulé. Aucune difficulté particulière ne se présente donc dans ce cas (206).

Si les contractants n'avaient pas pris cette précaution, il leur est cependant possible de choisir un nouvel indice. Mais alors ses effets ne peuvent être rétroactifs, sauf convention contraire. L'obligation conclue en valeur réelle était devenue rétroactivement nominale le jour où la clause avait été annulée, elle reprend sa forme première au jour de la substitution. Tout se passe comme si une nouvelle convention avait été conclue. L'action en répétition de l'indû, par exemple, reste donc ouverte.

324. — Mais, si les parties ne peuvent se mettre d'accord sur le choix d'un nouvel indice, l'une d'elles sera-t-elle recevable à demander en justice la substitution ? Bien que la solution paraisse souhai-

(204) On notera cependant comme ayant rejeté la demande de nullité : Amiens, 28 juillet 1961, D. 1961.726, J.C.P., 1961.II.12299, S. 1962.54, Jour. Not., 1962, p. 214, note L. Page. Mais les motifs de cet arrêt ne sont nullement convaincants. Voir aussi : Cass. com., 20 décembre 1961, Bull. n° 495, p. 433.

(205) Sur ce point, voir : H. CAPITANT, *Du sort du contrat contenant une clause annulée comme contraire aux lois sur le cours légal et le cours forcé du billet de banque*, D.H., 1927, chr. 1.

(206) En ce sens par exemple : Cass. Com., 1^{er} décembre 1959, Jour. Spéc. Soc., 12 mars 1960.

table, — elle éviterait l'injustice qui naît de l'annulation de la clause d'indexation comme la sanction extrême que constitue l'annulation de la convention — il ne semble pas que l'on puisse l'admettre.

On aurait pu concevoir qu'un juge substitue à une clause-or une clause d'indexation sur le coût de la vie ; les deux font partie du même groupe, l'intention des parties aurait donc été respectée. La Chambre des Requêtes, dans une espèce où la clause avait été mal choisie, avait d'ailleurs affirmé que les parties ayant manifesté l'intention de parer aux variations du coût de la vie, il convenait de retenir ce critère au cas où la clause ne remplirait plus son but (207).

Mais, de nos jours, où seules sont valables les clauses qui évoquent l'idée de société, une telle conception ne peut plus être soutenue. Le juge devrait en effet remplacer un indice monétaire par un indice interne, or, ce faisant, il dénaturerait l'intention des parties, il leur imposerait une association qu'elles n'avaient pas voulue. On ne peut lui reconnaître ce pouvoir.

Il ne faut pas oublier en effet que depuis 1959 les notions de dette de valeur réelle et d'indexation interne se complètent et doivent être cumulativement appliquées. Tout au moins en est-il ainsi dans les paiements internes. On peut en effet se demander si en matière de paiements internationaux, ordinairement soumis à un régime propre, l'article 14 s'impose. S'il ne s'imposait pas, seule la notion de dette de valeur devrait être prise en considération pour déterminer le régime de ces paiements.

(207) Req., 6 février 1945, G.P., 1945.I.116. Le libéralisme des juges avait d'ailleurs été critiqué par l'annotateur anonyme de l'arrêt.

CHAPITRE 2

Le régime juridique des clauses d'indexation dans les paiements internationaux.

325. — Les principes fondamentaux du droit monétaire diffèrent peu du plan interne au plan international. Que la monnaie tienne sa valeur de la confiance des individus est même peut-être encore plus évident dans ce dernier cas que dans le premier. Le cours du change sur les différentes places étrangères reflète de la manière la plus claire cette confiance. L'Etat ne peut en effet intervenir qu'à l'intérieur de ses frontières.

D'autre part, le principe nominaliste se retrouve en droit international (1). Mais il est certain qu'il ne saurait avoir là la même vigueur qu'en droit interne. Les variations de valeur de la monnaie nationale y apparaissent en effet sans fard ; il serait vain de vouloir les nier et d'interdire aux étrangers d'en faire état. On peut tenter d'imposer la fiction nominaliste aux régnicoles, mais on ne peut y soumettre les étrangers.

326. — La souveraineté monétaire de l'Etat n'est pas illimitée dans l'espace, logiquement elle ne peut s'affirmer qu'en droit interne. Les faits se chargeraient d'ailleurs de rappeler ce principe à ceux qui seraient tentés de l'oublier. Il est nécessaire de tempérer sur le plan international les mesures prises sur le plan interne. La jurisprudence classique l'a fort bien compris qui s'est attachée à

(1) En ce sens : F.A. MANN, *op. cit.*, p. 299 et suiv. E. RABEL, *op. cit.*, p. 20. L'exposé des motifs du projet de convention établi par le Comité de droit monétaire de l'International Law Association en mai 1956 dans son article 11.

construire un régime de faveur pour les paiements internationaux. Le régime fait aux paiements internes aurait contrarié le commerce international.

Mais le dirigisme a conduit, par un mouvement naturel, les pouvoirs publics à s'efforcer de contrôler la monnaie sur le plan international ; tel a été l'objet de la législation des changes. Le libéralisme judiciaire s'est trouvé en opposition avec le droit positif nouveau. Des difficultés innombrables sont apparues. On peut se demander si l'évolution actuelle des théories monétaires permettra de les résoudre.

I. — LA THEORIE CLASSIQUE

Au lendemain de la première guerre mondiale, alors que régnait la théorie de la « défense juridique de la monnaie », doctrine et jurisprudence se sont entendues pour faire bénéficier les contrats internationaux d'un régime de faveur et ne pas leur appliquer les règles restrictives du droit interne. S'il leur a été très difficile de dégager une notion de contrat international, elles se sont par contre tout de suite accordées pour déterminer le régime qui devait être appliqué, régime caractérisé par un libéralisme extrême.

§ 1. — La notion de contrat international.

327. — La jurisprudence, à l'instar de la doctrine, a longuement hésité avant de trouver sa voie ; elle a essayé plusieurs critères avant de fixer son choix. Le but poursuivi était de soumettre tous les contrats utiles au commerce international, mais eux seuls, au régime particulier prévu en leur faveur.

La Chambre des Requêtes avait admis d'abord (2), à la suite du Tribunal civil de la Seine et de la Cour de Paris, un critère utilitariste — mercantiliste même —. Elle avait décidé que toute clause d'indexation serait valable si elle avait pour effet « de faire entrer en France la monnaie d'or ». Un tel motif était choquant, il manifestait un « nationalisme agressif » regrettable (3). Critère inéquitable et unilatéral, il était de plus insuffisant car il n'assurait pas la protection de tous les contrats utiles à l'intérêt national. Il ne fut pas repris par les décisions postérieures.

(2) Req., 7 juin 1920, S. 1920.I.193, note Lyon-Caen, affaire de la New York Life (les décisions antérieures sont rapportées sous l'arrêt de rejet).

(3) N. PENCULESCO, Thèse cit., p. 20.

328. — Guère plus satisfaisant à ce point de vue n'est apparu le critère de la nationalité retenu par la Cour de Paris vers la même époque (4). Le principal argument invoqué par la Cour en faveur de cette solution est que le cours forcé ayant été édicté dans l'intérêt national « ne peut évidemment être invoqué par des débiteurs étrangers contre des créanciers français ». Aux critiques formulées dans le cas précédent, et valables ici encore, s'en ajoute une nouvelle : les lois monétaires sont des lois de police et de sûreté qui s'imposent comme telles sur l'ensemble du territoire métropolitain ; elles s'imposent donc à tous quelle que soit leur nationalité.

329. — Partant de cette remarque, les tribunaux crurent pouvoir retenir comme critère de distinction le lieu d'exécution du contrat, les contrats internes étant ceux exécutés en France et les contrats internationaux les autres. La Chambre civile a été tentée par cette solution (5) : « Le cours forcé, mesure prise dans l'intérêt national, est restreint au territoire de la nation qui l'institue ». Sans doute cette décision constituait-elle un progrès, mais celui-ci était insuffisant. Ce critère formel n'était pas adapté aux nécessités commerciales, de plus il soumettait les monnaies de compte à un régime qui ne pouvait convenir qu'aux monnaies de paiement.

L'Avocat Général Matter, déjà partiellement suivi par la décision précédente, devait conduire la Cour de Cassation à faire un nouveau pas et à adopter un critère matériel.

A. — LA CONCEPTION CLASSIQUE.

330. — C'est par un arrêt rendu le 17 mai 1927 que la Chambre civile a déterminé le critère qui devait être définitivement admis. Les motifs ne reprennent pas textuellement la formule proposée par l'Avocat Général, mais ils en adoptent les conséquences (6).

L'affaire consorts Pélissier du Berret, tranchée par cette décision, nous étant connue (7), nous ne rappellerons pas les faits. Matter avait affirmé qu'il faut que « l'on s'attache à la nature de la convention, aux conséquences qu'elle produit sur les deux pays différents. Pour être ainsi qualifié, il faut que le contrat produise comme un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières, des conséquences réciproques dans un pays et dans un autre ».

(4) Par exemple : Paris, 31 octobre 1922, G.P., 1922.II.666 ; 11 juillet 1924, G.P., 1925.I.389.

(5) Civ., 23 janvier 1924, D. 1924.I.41, conclusions P. Matter.

(6) Civ., 17 mai 1927, D. 1928.I.25, conclusions P. Matter et note H. Capitant. Pour les autres références, cf. ci-dessus, n° 95, note 98.

(7) Cf. ci-dessus, n° 95.

La Cour ne reprend pas ces termes, elle ne fait que parler de circulation monétaire intérieure, toutes les décisions postérieures devaient user de formules semblables (8). Mais tous les commentateurs s'entendent pour reconnaître que la véritable définition du contrat international est bien celle donnée par Matter ; ils parlent d'une « jurisprudence Matter ».

Cette jurisprudence a d'ailleurs été confirmée par le législateur, la distinction posée a en effet été reprise par l'article 2 alinéa 2 de la loi du 25 juin 1928, par l'article 6 de la loi du 1er octobre 1936 et par l'article 2 de la loi du 18 février 1937.

331. — Remarquons tout de suite que cette définition du contrat international est propre à la matière ; elle ne correspond en rien aux critères normaux du droit international privé. Il ne suffit pas en effet qu'il existe dans le contrat un élément d'extranéité pour qu'il soit international ; il faut encore qu'il crée un double mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières. Cette définition autonome est plus stricte que celle de droit commun.

L'application de ce critère se présente d'autre part d'une manière très particulière. Alors qu'en principe, en droit international privé, il convient de rechercher avant toute chose quelle est la loi applicable au contrat, cette préoccupation est ici écartée. Les juges se demandent en premier lieu s'ils sont en présence d'un contrat international au sens français sans tenir compte de la loi étrangère. S'il en est ainsi, toute clause est validée quelle que soit la loi applicable. Dans le cas contraire, on doit rechercher la loi applicable et se référer à elle pour savoir si la clause incriminée est licite (9). La monnaie de compte étant un élément essentiel du contrat est en effet régie par cette loi (10).

La question de savoir si un contrat est ou non international apparaît ainsi comme un préalable imposé par la loi française ; si la réponse est affirmative c'est la loi française qui s'applique, quand bien même les règles normales de conflit renverraient à une loi étrangère. Une telle exception aux principes habituels se justifie par la notion d'ordre public (11). Le droit français distingue en effet entre deux ordres publics différents, un ordre public interne et un

(8) Par exemple : Civ., 9 juillet 1930, S. 1931.I.124, P. MATTER ; 14 janvier 1931, S. 1931.I.125 ; 21 décembre 1932, D.H., 1933.33 ; 24 janvier 1934, D.P., 1934.1.73, note Trotabas.

(9) En ce sens : P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *A propos du contrat international*, Clunet, 1951, p. 4 (p. 12) : « Nous sommes en présence d'une réaction exceptionnelle contre la méthode normale du droit international privé se bornant à rattacher tout rapport juridique de la vie internationale à la loi interne d'un Etat déterminé. »

(10) Cf. sur ce point N. PENCIULESCO, Thèse cit., p. 85.

ordre public international. Ce dernier s'impose à l'encontre de toute loi étrangère pour cette raison qu'il nous paraît nécessaire à l'organisation internationale du commerce (12).

332. — Mais on a pu se demander si ce régime ne s'expliquait pas d'une manière différente. Dans la fameuse affaire de l'emprunt des Messageries Maritimes la Cour de Paris (13) avait en effet admis que : « la Société des Services contractuels des Messageries Maritimes est mal fondée à prétendre que le contrat devait être nécessairement rattaché à la législation d'un pays déterminé... »

Cela revenait à établir une supériorité du contrat sur la loi, celle-ci étant toujours considérée comme supplétive ; on a même pu parler de contrat sans loi. Mais la Cour de Cassation devait rejeter cette conception et affirmer que : « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat » (14).

Cette jurisprudence de la Cour de Cassation a été approuvée par la doctrine. Ainsi M. le Doyen Hamel (14 *bis*) estime que « tout acte juridique doit être rattaché à une loi nationale déterminée ». La loi doit l'emporter sur le contrat. Si le régime de l'indexation des contrats internationaux est libéral, c'est parce que l'ordre public international français en décide ainsi ; ce n'est pas parce que les parties peuvent écarter les réglementations qui ne leur conviennent pas. La véritable explication du critère classique réside donc bien dans la notion d'ordre public (15).

333. — L'application de ce critère, simple lorsque le contrat est isolé, a posé des problèmes dans le cas où plusieurs contrats constituent une opération commerciale unique. Doit-on alors analyser séparément chaque convention, ou considérer l'ensemble de l'opération ? La jurisprudence a opté en faveur de la seconde solution.

Elle l'a fait en matière de ventes par filière (16) et de contrat

(11) H. BATIFFOL, *op. cit.*, n° 628 : « Il s'agit d'une intervention de la loi française au nom de l'ordre public écartant la loi normalement compétente. »

(12) En ce sens, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *loc. cit.*, p. 18 : « Puisqu'une telle distinction est considérée par le droit français comme nécessaire au commerce privé international, pourquoi notre jurisprudence ne réagirait-elle pas contre le droit interne étranger compétent lorsque ce dernier droit ne renferme aucune distinction. »

(13) Paris, 24 avril 1940, S. 1942.2.29, note Niboyet.

(14) Cass. civ., 21 juin 1950, D. 1951.749, note J. Hamel, J.C.P., 1950.II.5812, note J.-Ph. Lévy.

(14 *bis*) Note au D. 1950, p. 749.

(15) Sur ce point cf. P. LACARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, n°s 128 et suiv.

(16) Civ., 18 avril 1931 et Req., 29 juin 1931, D.P., 1931.I.137. Civ., 2 juillet 1935, D.H., 1935.457.

de commission (17). En 1935, par exemple (16), elle admettait que les reventes « s'étant succédées dans le cadre d'une opération internationale, elles revêtaient, même entre Français résidant en France, un caractère inséparable de l'opération en vue et dans laquelle elles étaient conclues ».

Cette solution est justifiée (18). Ce qui importe en effet c'est d'assurer un bon fonctionnement du commerce international. Le critère adopté est un critère matériel et non formel, il est justifié par le souci économique qui l'a inspiré.

B. — JUSTIFICATION.

334. — La jurisprudence s'est en effet placée à un point de vue économique et commercial. Ses premières décisions ont été rendues en vue de protéger les créanciers français. Une grande partie de l'épargne française était en effet placée à l'étranger en 1914 et il importait de la protéger contre la dépréciation monétaire et les mesures prises en conséquence par les Etats débiteurs. La première jurisprudence des tribunaux a donc été déterminée par un réflexe de défense de l'intérêt national. C'est à cet état d'esprit qu'ont répondu les premiers critères retenus. La position était critiquable, une évolution était nécessaire.

A l'origine de ces critères existait cependant une idée juste qu'il fallait seulement affiner et mieux utiliser : l'honnêteté des relations internationales. Or, cette honnêteté ne peut exister dans un climat nominaliste où ce sont les débiteurs qui décident du montant de la somme qu'ils rembourseront aux créanciers. Le valorisme est peut-être encore plus nécessaire en droit international qu'en droit interne. Le commerce international exige confiance et sécurité (19), ses aléas sont en effet extrêmes.

335. — Le critère définitivement retenu répond parfaitement à ce souci, il « traduit en termes de droit deux nécessités économi-

(17) Civ., 8 juillet 1931, D. 1931.I.137. Com., 7 juillet 1959, Bull. 1959.III, n° 312, p. 271. De même dans le cas d'une vente C.A.F., Req., 4 juin 1934, D.H., 1934.361. Req., 17 novembre 1943, S. 1946.I.17, note Niboyet. De même un transporteur ayant assuré l'expédition de la marchandise vendue par un français à un étranger et ayant reçu le paiement en monnaie étrangère, doit se libérer envers le vendeur en cette même monnaie. Trib. Com. Seine, 13 mai 1960, Jour. Spé. Soc., 1960, n° 104.

(18) M. E.L. BACH, *loc. cit.*, n° 11, voit dans cette analyse une manifestation du libéralisme jurisprudentiel. En réalité il ne s'agit pas tant pour les tribunaux d'étendre le domaine des contrats internationaux que de tirer toutes les conséquences de la conception qu'ils ont adoptée : à savoir la protection du commerce international.

(19) On remarquera qu'en droit international public on use très fréquemment comme monnaie de compte des clauses-or. Cf. les exemples cités par F.A., MANN, *op. cit.*, p. 458 et suiv.

ques complémentaires : le cours forcé au dedans, le libéralisme monétaire au dehors » (20). Alors que dans un premier temps on a cherché à protéger les créanciers français, on en est venu à une conception plus exacte en favorisant l'ensemble du commerce international. Ce nouveau critère, en assurant le crédit des débiteurs français, est aussi bénéfique pour ceux-ci (21).

La Cour Suprême considère que les relations internationales doivent être placées sous le signe du libéralisme. Elle estime même que cette règle est d'ordre public. Les lois de 1928 et 1936, en distinguant entre les paiements internes et les paiements internationaux, lui ont paru confirmer ses vues.

336. — La solution française est cependant isolée ; elle a même été généralement fort mal accueillie à l'étranger. Les auteurs allemands, britanniques et américains, en particulier, ont porté des jugements très sévères sur elle. Ainsi peut-on lire sous la plume de M. Martin Wolff :

« The conception developed by shrewd businessmen and their lawyers that foreign abrogations of gold clauses must be inapplicable outside the state where they were enacted is narrow-minded and utterly unsound » (22).

Ces critiques proviennent, nous a-t-il semblé, de ce que ces auteurs n'ont pas suivi l'évolution de notre jurisprudence. Ils raisonnent généralement comme si nous en étions restés au critère mercantiliste de l'affaire *New York Life*, et, dans cette mesure, leur opinion est justifiée. Mais même lorsqu'ils ont connaissance de notre conception classique, ils semblent considérer que notre solution ne peut jamais tourner qu'à notre avantage.

(20) J. SCHAPIRA, note sous Com., 4 novembre 1958, *Clunet*, 1960.440.

(21) En ce sens : J.-Ph. LÉVY, note sous Civ., 21 juin 1950, *J.C.P.*, 1950.II. 5812 : « La préoccupation de défendre soit l'épargne française (quand les français étaient créanciers), soit le crédit de la France (quand ils étaient débiteurs) a certainement été dominante. »

(22) M. WOLFF, *Private International Law*, Oxford, 1950, p. 464. De même, F.A., MANN, *op. cit.*, p. 267 : « Another heresy lies in the contention that, irrespective of the ambit claimed by themselves, laws abrogating the gold clauses cannot be recognized as having any extraterritorial effects. » NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 272 : « By exempting international contracts from gold clauses abrogation the French Courts have accomplished legally what the French legislation would have found embarrassing to do politically ». On remarquera cependant que M. VAN HECKE, *op. cit.*, pp. 186, 187, malgré de vives critiques, reconnaît que la solution française « est séduisante par l'attention qu'elle prête aux réalités économiques » et que « cette distinction constitue une tentative extrêmement intéressante de remédier aux conséquences inévitables de la jurisprudence sur la nullité des clauses de garantie. »

337. — Une décision récente leur donne tort. Le 21 juin 1950, la Chambre civile (23) a rejeté un pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 24 avril 1940 par la Cour de Paris, qui avait condamné l'Etat français à payer, sur la base de la clause-or stipulée, un emprunt contracté au Canada et aux Pays-Bas. Elle a estimé que, s'agissant d'un contrat international, la clause était valable et que l'Etat français ne pouvait invoquer la loi canadienne du 10 avril 1937 interdisant de telles clauses pour n'avoir à rembourser qu'en valeur nominale.

Cette décision prouve que le reproche fait à notre jurisprudence d'être unilatérale est entièrement dépourvu de fondement. Bien au contraire, elle mérite les éloges que lui a adressées M. Lerebours-Pigeonnière (24). Cet auteur y voit « la manifestation d'une tendance très heureuse à lutter contre les dispositions des lois territoriales tant françaises qu'étrangères, lorsqu'elles contredisent les nécessités élémentaires des contrats internationaux » (25).

338. — Notre jurisprudence s'est donc efforcée de juxtaposer une conception libérale du contrat international aux conceptions dirigistes qui régissent dans tous les pays modernes les contrats internes. Par cet effort, elle espère créer un ordre juridique international susceptible d'échapper aux multiples particularismes. Si elle a été violemment critiquée à l'étranger, c'est qu'elle n'a pas été comprise.

Peut-être le sera-t-elle mieux dans les circonstances actuelles. Elle répond en effet parfaitement aux tendances qui se font jour dans le Traité de Rome. Elle tend à favoriser les relations internationales (26), ce qui ne peut être que bénéfique pour la Communauté économique européenne et ses relations extérieures. Elle relève d'autre part d'une conception libérale retrouvée. Rappelons que M. Ludwig Erhard a dit (27) : « Tous les efforts que nous devons faire pour l'intégration de l'Europe doivent être placés sous le signe de la liberté ». La liberté de l'indexation dans les relations internationales apparaît incontestablement comme une nécessité.

(23) Cf. références n° 332, note ?

(24) P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *loc. cit.*, p. 22.

(25) Le seul reproche que pourrait encourir cette jurisprudence se place sur un plan plus général. M. P. LAGARDE, *op. cit.*, n° 131, fait justement remarquer que « si chaque Etat développe des conceptions différentes de l'ordre juridique international, et prétend les appliquer de façon impérative, le gâchis sera plus grand encore qu'il n'est aujourd'hui. Bien plus, ici, le procédé a servi des buts généreux. Il peut demain servir des intérêts nationaux égoïstes. Cette tentative... est vouée à l'échec car elle est unilatérale ».

(26) On a remarqué que cette jurisprudence tendait à créer un véritable *jus gentium*. En ce sens : VAN HECKE, *op. cit.*, p. 199.

(27) L. ERHARD, *La prospérité pour tous*, p. 157.

§ 2. — La mise en œuvre de l'indexation dans les contrats internationaux.

A. — LE CHOIX DE LA CLAUSE.

339. — Le choix de la clause, dans la théorie classique, est libre ; toute clause, sans la moindre exception, est valable (28). Les clauses-or et valeur-or sont d'ailleurs en pratique les plus fréquentes ; cela est vrai tant en droit international privé qu'en droit international public. On ne saurait s'en étonner puisque, de l'aveu général, ce métal demeure la seule monnaie internationale (29). Il est remarquable que la jurisprudence française se soit montrée aussi large dans son appréciation ; elle a mis « le même acharnement à valider la clause-or dans les règlements internationaux, qu'à les condamner dans les règlements internes » (30). Toutes les formes de clauses d'indexation portant sur un métal précieux ont été admises.

Les clauses devises étrangères sont de même très fréquentes. Les parties se réfèrent, soit à la monnaie de l'un des contractants, soit à une monnaie considérée comme particulièrement stable. Le dollar, et à un moindre degré la livre, est très fréquemment retenu en raison de sa stabilité relative ; il fait ainsi, à côté de l'or, figure de monnaie internationale puisqu'il sert de monnaie de compte là où il ne peut être choisi comme monnaie de paiement.

Mais les clauses indicielles tendent, elles aussi, à prendre une grande importance sur le marché international (31). Ainsi un constructeur de navires indexe-t-il fréquemment ses prix sur les principaux éléments de son prix de revient (32). Le problème se pose de la même manière en droit international qu'en droit interne. Ce sont généralement des indexations internes qui sont retenues. Leur validité ne saurait évidemment être mise en doute.

(28) A noter que depuis l'arrêt du 4 décembre 1962 qui a validé les clauses valeur-or en droit interne la différence de régime entre paiement interne et paiements internationaux s'est amenuisée. Elle ne conservera son intérêt que si l'indexation interne ne s'impose pas pour ceux-ci. Il ne faut pas oublier en effet que lors du paiement les clauses-or se transforment en clauses-valeur or du fait que ce paiement doit être effectué en francs français.

(29) Cf. ci-dessus, n° 16.

(30) Y. LOUSSOUARN, R.T.D. Com., 1957.505. J.-Ph. LÉVY, J.C.P., 1957.II. 9964, note à ce propos que les tribunaux ont, à cette fin, fait appel à tous les procédés techniques possibles.

(31) Par exemple, en matière de vente commerciale, cf. Ph. KAHN, Thèse, Dijon, 1961 (polycopiée), p. 304 et suiv.

(32) Le régime applicable en cas de construction, transformation ou réparation de navire est prévu, a été fixé par le décret n° 60.641 du 4 juillet 1960 (D. 1960, L. p. 240) ratifié par l'article 2 de la loi de finances rectificative n° 60.1356 du 17 décembre 1960.

340. — Si la question de la validité ne pose pas de difficulté, il n'en est pas de même de celle de l'interprétation des clauses. On hésite en effet parfois sur le point de savoir si une clause a été retenue par les parties, et quelle est cette clause. Tel est le cas lorsque le prix a été stipulé en francs. S'agit-il alors de francs français, suisses, belges ? De longs développements ont été consacrés à cette question (33). Retenons que la Cour de Cassation reconnaît au juge du fond un pouvoir souverain d'appréciation. C'est lui qui recherchera quelle a été la monnaie que les parties ont entendu choisir (34).

B. — L'EXECUTION DE LA CLAUSE.

341. — De toute manière, quelle que soit la monnaie de compte retenue, le paiement devra toujours être effectué en francs français ; la règle est impérative (35). Seule la monnaie légale a pouvoir libératoire sur le territoire national, elle seule peut être exigée.

Le fait que tout paiement doit être effectué en francs a pour conséquence que les clauses ne peuvent instituer que des monnaies de compte, les clauses-or et monnaie étrangère sont automatiquement converties en clauses valeur-or et clauses valeur monnaie étrangère. Toute clause suppose nécessairement une conversion de la dette en monnaie légale pour le paiement. On s'est demandé à quelle date devait avoir lieu cette conversion. Lorsque les parties ont fait connaître leur volonté dans l'acte, la jurisprudence s'en tient à cette prévision (36). Si la clause est peu claire, les juges du fond ont tout pouvoir pour l'interpréter (36).

342. — Mais si les contractants n'ont pas réglé cette question dans leur convention, un doute est permis. Les tribunaux ont retenu parfois le jour de l'exigibilité (37), parfois le jour de la mise en demeure (38), parfois le jour de l'assignation (39), parfois enfin le

(33) Sur cette question, cf. N. PENCULESCO, Thèse cit., 1^{re} partie, chapitre 2 (p. 84).

(34) P. ex. Cass. Com., 21 octobre 1958, Bull. civ., 1958.III, p. 302, n° 358. En ce sens : VAN HECKE, *op. cit.*, p. 157.

(35) Ainsi : Req., 17 février 1937, G.P., 1937.I.853, D.H., 1937.234 : « Il est de principe que tout paiement fait en France, quelle qu'en soit la cause, doit être effectué en monnaie française. » En conséquence, lorsqu'un tribunal français prononce une condamnation en monnaie étrangère cette monnaie ne peut constituer qu'une monnaie de compte, le paiement doit être fait en francs. En ce sens : Besançon, 14 mai 1959, S. 1960.20, R.C.D.I.P., 1960.67, note Y.L.

(36) Req., 8 juin 1926, S. 1926.I.296. Req., 17 février 1937, précité : « Le solde d'un marché fixé en dollar doit être évalué selon le cours du dollar au jour où le débiteur devait payer. »

(37) Req., 25 octobre 1932, G.P., 1933.I.36.

(38) Paris, 21 juillet 1932, G.P., 1932.II.869. En ce sens, G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 1567.

(39) Trib. com. Bordeaux, 12 juillet 1937, G.P., 1937.II.588.

jour du paiement (40). C'est cette dernière solution, la plus favorable au créancier, qui l'a finalement emporté. Un arrêt rendu le 24 janvier 1956 par la Chambre civile la consacre expressément (41). L'Etat français, assurant le service de l'emprunt des Messageries Maritimes, avait été condamné par les juges du fond à effectuer le remboursement des obligations et le paiement des coupons en francs français par référence au cours du dollar-or canadien au jour du paiement ; le pourvoi a été rejeté (42).

Dans la note qu'il a consacrée à cet arrêt, M. le Professeur Goldmann constate avec plaisir que cet arrêt « couronne l'édifice de l'honnêteté financière internationale que bâtit depuis trente ans la Cour de Cassation ». Le compliment est mérité. En effet, après avoir autorisé le valorisme contractuel de la manière la plus complète, la Cour lui assure une efficacité maximum. Il serait inadmissible que le débiteur puisse, du seul fait de sa mauvaise foi, limiter le champ d'application du valorisme prévu au contrat en retardant le moment du paiement et en faisant succéder de son seul mouvement le nominalisme au régime originaire. C'est donc la même solution qui est appliquée en droit interne et en droit international.

343. — Si notre conception du contrat international et de son régime est isolé, il n'en est pas de même de celle de la date d'évaluation. M. le Président Cassin le notait en 1955 (43) :

« La pratique législative, conventionnelle et jurisprudentielle internationale, comme celle de la grande majorité des nations, admet que le taux de la conversion de la monnaie de compte en la monnaie de règlement est celui de l'époque du paiement de la dette » (44).

(40) Civ., 8 juillet 1931, D.P., 1931.I.137 (6^e espèce).

(41) Civ. (1^{re} sect. civ.), 24 janvier 1956, D. 1956.317, note Lenoan, Clunet, 1956.1012, note Goldmann.

(42) Dans le même sens : Cass. Com., 22 juillet 1957, Bull. civ., p. 200, n° 239 et Cass. crim., 8 janvier 1959, R.C.D.I.P., 1960.55, note E. Metzger. A noter que la solution était déjà admise depuis Req., 3 mai 1946, S. 1951.I.33, note R. Plaisant, en matière de responsabilité. Dès 1937, M. PENCIOLESCO, Thèse cit., p. 225 concluait que malgré ses apparentes contradictions « la jurisprudence n'a poursuivi qu'un seul but : préserver le créancier ou le débiteur des conséquences de la dévaluation monétaire, s'ils ne sont pas la cause du retard du paiement ». Cette constatation demeure partiellement valable. En effet, si, en principe, la date de l'évaluation est celle du paiement, il est toujours possible aux tribunaux de déroger à cette règle en cas de faute du créancier.

(43) Sentence du Président Cassin du 10 juin 1955, Gouvernement Hellénique c/Gouvernement Britannique, Affaire dite des cargaisons déroutées, R.C.D.I.P., 1956,278, note H. Batiffol.

(44) Cf. par ex., E. RABEL, *op. cit.*, p. 27 : « Conversion must be made with reference to the time of actual payment, in order to give the creditor the exact value of his claim, no more and no less. » Pour l'Argentine : La Ley, 1^{er} juillet 1957, Clunet, 1959.180.

Cette tendance s'est manifestée d'une manière beaucoup plus concrète encore au cours de ces dernières années. Le Congrès de l'International Law Association, tenu à Dubrovnik en 1956 (45), a adopté ce principe :

« Lorsque le débiteur s'acquitte dans la monnaie du lieu du paiement, la conversion est faite au taux de change en vigueur à ce lieu le jour du paiement ».

Dans l'exposé des motifs, les auteurs de ce texte invoquent « des considérations d'équité si puissantes que nous n'hésitons pas à recommander ce qui, aux yeux de certains, apparaîtra peut-être comme un changement substantiel du droit ».

Le principe ainsi dégagé n'est pas resté lettre morte. Repris par la Commission juridique de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, il a été adopté en 1959 (46) par cette assemblée. Il est devenu, sous la forme qui lui avait été donnée en 1956, un projet de convention dont l'adoption est recommandée aux Etats membres du Conseil de l'Europe. Sans doute cette recommandation n'a-t-elle aucune force obligatoire en France où elle ne s'impose pas plus au législateur qu'aux particuliers ; son autorité morale n'en est pas moins incontestable. Cela est d'autant plus vrai qu'elle confirme une tendance profonde de notre droit (47) qui se manifeste par exemple en matière de responsabilité civile lorsque la victime est étrangère (48).

Tout au moins, elle répond aux conceptions de notre droit classique, mais elle est opposée à celle qu'admet notre réglementation des changes (49). Celle-ci est en effet généralement fondamentalement différente de notre droit classique, lequel est, par nature, libéral.

(45) Article 3 de la convention relative au paiement des obligations exprimées en monnaie étrangère. Report of the 47th Conference, p. 296.

(46) Recommandation n° 221, adoptée le 18 septembre 1959 (11^e session, 21^e séance).

(47) La doctrine française paraît favorable à cette évolution. Ainsi M. le Professeur Goldman, Clunet, 1956.1012 : « La règle suprême doit être, semble-t-il, que le créancier doit *réellement* recevoir ce qui lui est *réellement* dû. » Dans le même sens : Y. LOUSSOUARN, note sous Besançon, 14 mai 1959, R.C.D. I.P., 1960.67. COLIN CAPITANT par L. JULIOT de la MORANDIÈRE, *op. cit.*, n° 1457.

(48) Voir, par ex., Besançon, 16 janvier 1963, Jour. Spé. Soc., 1963, n° 122.

(49) L'article 9 de la loi du 8 février 1941 dispose en effet : « Lorsqu'une personne considérée comme française au sens de l'arrêté du 30 avril 1940 est redevable, envers une autre personne, considérée comme française, d'une dette, qui doit être payée dans une autre monnaie que le franc, elle se libère valablement, après autorisation de l'Office des changes en versant à son créancier en France la contre-valeur en francs de la dette calculée sur la base des derniers cours de vente fixés à la date de l'échéance par le fonds de stabilisation des changes. »

II. — LE DROIT MONÉTAIRE ET LE CONTRÔLE DES CHANGES

344. — Alors que la jurisprudence et la doctrine ont construit la théorie classique des paiements internationaux selon des principes libéraux, la législation relative au change relève des conceptions dirigistes qui ont progressé entre les deux guerres mondiales. La théorie étatique de la monnaie l'ayant emporté sur le plan interne a inexorablement gagné le plan international. L'Etat ne pouvant imposer sa volonté hors de son propre territoire a été conduit à se replier sur lui-même, il a fermé ses frontières (50).

Contrôle des changes et contrôle du commerce se complètent et se renforcent mutuellement. Sans doute est-ce le premier qui nous retiendra par priorité, mais le second ne doit pas être pour autant négligé. Circulation des individus, des capitaux et des marchandises sont indissolublement liées. Les trois ont été simultanément réglementées; les trois sont aussi visées par le Traité de Rome.

Le contrôle des changes a été institué par le décret-loi du 9 septembre 1939 suivi du décret du 24 avril 1940 et modifié par la loi du 8 février 1941. L'ensemble a été codifié par le décret du 15 juillet 1947 et dans la loi du 2 février 1948. Ces textes ont été commentés et complétés par de nombreux arrêtés et de plus nombreux avis de l'Office des changes (51).

345. — Le régime ainsi édifié s'oppose du tout au tout à celui qu'a élaboré la doctrine classique. Leur critère est tout d'abord différent; la formule de la jurisprudence est économique alors que celle de 1939 est juridique — on pourrait même ajouter géographique. Il n'est plus question de la nature du contrat, mais de la résidence des particuliers. Cette notion de résident est la clef de voûte de l'institution, elle a été définie par plusieurs avis.

Leur objet est, lui aussi, différent. La jurisprudence s'attache à l'ensemble de l'opération considérée sous son aspect économique; le contrôle des changes ne s'attache qu'à son dénouement: le paiement.

Le contrôle des changes réglemente les avoirs et les biens étrangers en France, les avoirs et les biens français à l'étranger et tous les paiements entre résidents et non résidents. Tout règlement à destination de l'étranger doit être préalablement autorisé par l'Office

(50) G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., Paris, 1951, p. 237, n° 105, notait « la dépréciation monétaire est accusée par le cours du change. Pour cacher cette dépréciation et empêcher qu'elle ne s'accuse dans les prix, l'Etat est amené à contrôler le change. »

(51) Sur ce point, cf. J. MARCHAL, *op. cit.*, p. 223. L. CARTOU, *Le marché commun et le droit public*, Sirey, 1959, p. 114 et suiv.

des changes, toute créance sur l'étranger doit être recouvrée selon les formes prescrites par cet organisme et versée au fonds de stabilisation des changes.

Ces indications générales ne peuvent donner idée de la complexité de ce régime, complexité due à la multiplication des textes (52). Cette réglementation touffue s'opposant entièrement à la théorie classique, on peut se demander si elle n'a pas rendu cette dernière sans objet. Jurisprudence et doctrine ont donné des réponses quelque peu différentes à cette question.

§ 1. — La jurisprudence.

346. — Certaines juridictions inférieures ont nettement fait prévaloir le contrôle des changes sur la théorie classique (53). De même le Conseil d'Etat a appliqué intégralement le nouveau régime (54). Il a admis que les clauses d'indexation n'étaient valables dans les contrats internationaux que lorsqu'elles avaient reçu l'exequatur de l'administration ; il a estimé que, en vertu de l'article 9 de la loi du 8 février 1941, c'est à la date de l'échéance que doit s'effectuer le calcul du change (55).

Mais la Cour de Cassation s'est refusée à suivre cette voie, elle est restée fidèle à sa conception et n'a reconnu à cette réglementation qu'un domaine très restreint. Le droit monétaire classique est resté de principe ; le contrôle des changes ne s'est vu reconnaître d'effets que par exception.

A. — PRÉÉMINENCE DU DROIT MONÉTAIRE CLASSIQUE.

347. — L'affaire de l'emprunt des Messageries Maritimes, qui avait déjà donné lieu à deux décisions que nous avons rappelées (56), a permis à la Cour de Cassation de prendre position (57).

Etant admis que cet emprunt était international — par suite des décisions antérieures — et que la clause-or était valable, s'est posée la question de savoir à quelle date la conversion devait être opérée. Deux solutions étaient possibles : choisir la date de l'échéance

(52) M. VAN HECKE, *op. cit.*, p. 177 note justement : le mécanisme juridique est d'une grande simplicité théorique mais d'une effroyable complexité dans la pratique ».

(53) Par exemple : Trib. civ. Seine (5^e Ch.), 14 mars 1949, J.C.P., 1949.II.5038. Trib. civ. Metz, 25 octobre 1950, D. 1951, somm. 15.

(54) C.E., 30 juillet 1949, R.C.D.I.P., 1950.407, S. 1949.III.91 ; 9 janvier 1952, Rec. Lebon, 1952.19 ; 17 avril 1953, J.C.P., 1953.II.7603, S. 1953.3.74.

(55) C.E., 28 novembre 1958, Clunet, 1960.440.

(56) Cf. ci-dessus, n° 332.

(57) Civ. (1^{re} sect. civ.), 24 janvier 1956, Clunet, 1956.1012, note Goldman, D. 1956.317, note Lenoan.

comme y invite l'article 9 de la loi du 8 février 1941 ou celle du jour du paiement en application de la théorie classique. L'option était décisive, il s'agissait de savoir laquelle des deux législations l'emportait sur l'autre. La Cour a nettement rejeté la première au motif que :

« ...réglant les modalités de paiement de certaines dettes, elle n'a pu porter atteinte à la substance même du contrat international litigieux » (58).

Cet attendu est éclairé par la note que le rapporteur de cet arrêt a consacrée à cette question. « Cette loi, écrit-il, ne concernait qu'une modalité, une manipulation d'espèces issue des circonstances résultant de la loi du 6 septembre 1939. Il ne pouvait s'agir d'une disposition atteignant le contrat dans sa substance ».

Nous verrons que les auteurs ont critiqué cette distinction entre la substance et les modalités du contrat ; elle conduit en effet la jurisprudence à ne se soucier que de la solution de principe et à écarter la question de l'exécution du contrat. Ainsi est écartée purement et simplement la législation des changes.

Cette décision n'est pas isolée ; la même juridiction a reconnu la validité d'un prêt en livres sterling dont le remboursement était prévu en actions de la Canadian Pacific sans se soucier de savoir si la clause était valable au regard de la législation des changes (59).

348. — La Cour d'appel de Paris s'est montrée plus audacieuse que la Cour Suprême. Ayant validé une clause monnaie étrangère incluse dans un contrat international, elle a estimé que « l'obligation pour la dame K..., d'obtenir une autorisation au Ministère des Finances pour réaliser ce transfert de devises, n'est pas un obstacle à la réalisation du paiement envisagé en francs français, qu'il appartienne à la dame K..., de faire le nécessaire pour l'obtenir » (60).

Cela revient à dire que la clause étant valable, au regard des solutions classiques, le débiteur doit faire en sorte de l'exécuter sans pouvoir se retrancher derrière un refus de l'administration compétente. On pourrait même interpréter le considérant comme constituant un ordre, au moins indirect, donné à l'Office des changes. De la sorte, non contente d'ignorer la réglementation existante, une telle jurisprudence entendrait la subordonner à ses propres conceptions. On ne peut raisonnablement aller aussi loin.

(58) Cette formule avait déjà été énoncée par la Cour d'appel dont l'arrêt était déféré à la Cour de cassation (Paris, 1^{re} Ch., 16 mai 1951, J.C.P., 1951.II. 6887, note Ithier).

(59) Civ. (1^{re} sect. civ.), 22 février 1956, Bull. civ., 1956.I, p. 74, n° 90.

(60) Paris, 16 juillet 1952, R.C.D.I.P., 1952.723, note R. Sarraute et P. Tager.

349. — Il n'en reste pas moins que la Cour de Cassation reste fidèle à sa conception première ; elle n'entend pas abandonner le critère classique. Ainsi le 4 novembre 1958, la section commerciale, après délibération en la Chambre du Conseil, a, pour la première fois, reproduit textuellement la formule du Procureur Général Mather (61) :

« Attendu que par paiement international, à l'occasion duquel seulement les parties ont la faculté... de prévoir que la prestation de l'une d'elles sera fixée sur la base de l'or ou d'une devise étrangère, il faut entendre opération se traduisant par un double mouvement de marchandises ou de valeurs de la France vers un pays étranger et de celui-ci vers la France ».

Par ce motif, la Cour casse un arrêt de la Cour de Paris (62) qui avait admis le caractère international d'un contrat passé entre personnes de nationalités différentes dont l'une était domiciliée et résidait à l'étranger. Cette décision avait sans doute été influencée par les conceptions nouvelles, elle n'a pas trouvé grâce devant la Haute Juridiction. Ce ne sont ni la nationalité des parties, ni leur domicile, ni même leur résidence qui devaient être invoqués, mais, dit l'arrêt, « la nature des opérations intervenues entre les parties ».

On ne pouvait souhaiter plus nette confirmation de la théorie classique. La Cour « estime que la définition du règlement international est sans rapport avec la police des avoirs » (63). Elle maintient son effort tendant à faire vivre un ordre juridique international basé sur la liberté du commerce à l'encontre des ordres juridiques internes inspirés par le dirigisme.

On remarquera, d'ailleurs, que la dualité de régime des paiements internes et des paiements internationaux a été incidemment confirmée par le décret n° 60-641 du 4 juillet 1960 relatif à la construction, à la transformation et à la réparation des navires.

Certaines décisions ont cependant tenu compte de la législation des changes.

B. — PLACE FAITE PAR LA JURISPRUDENCE A LA LÉGISLATION DES CHANGES.

350. — S'il est vrai que les tribunaux se refusent normalement à annuler une clause parce qu'elle n'a pas reçu l'approbation de l'Of-

(61) Arrêt rapporté J.C.P., 1959.II.10.986, D. 1959.361, note Malaurie. De même : Cass. (1^{re} civ.), 4 mai 1964, J.C.P., 1964.IV.86. En ce sens, Paris, 2 juin 1959, G.P., 1959.II.170.

(62) Paris, 13 décembre 1955, G.P., 1956.I.228, D. 1959.361.

(63) J. SCHAPIRA, note sous cet arrêt, Clunet, 1960.440.

fice des changes, il arrive cependant qu'ils reconnaissent sa validité pour cette seule raison qu'elle a été autorisée par cet organisme (64).

Ainsi, une dame Erlanger, de nationalité suisse et résidant dans son pays, avait vendu à un français, Stintzy, un fonds de commerce situé en France ; le prix avait été stipulé en francs suisses. L'opération reçut l'autorisation de l'Office des changes, mais des difficultés de paiement survinrent entre les parties. Le débat fut porté devant la Cour de Colmar (65).

Celle-ci refusa de prononcer la nullité de la clause, bien qu'elle eût été stipulée dans un contrat interne, au sens propre à la matière, au motif que, la vente ayant été autorisée par l'Office des changes, « la validité du contrat ne saurait plus être contestée ».

L'illogisme de cette position apparaît à l'évidence. La nullité des clauses monétaires en droit interne est d'ordre public, elle doit donc être sanctionnée, même d'office, par les tribunaux, et ne peut être couverte par aucune intervention extérieure (66). La Cour Suprême n'a cependant pas sanctionné cet attendu (67). Comment expliquer cette jurisprudence ?

351. — Elle est due, semble-t-il, à la grande mansuétude que manifestent nos tribunaux envers les relations internationales. Ils se sont efforcés de faire échapper celles-ci au régime strict auquel sont soumises les monnaies de compte en droit interne et de les faire bénéficier d'un régime libéral. En conséquence, on ne saurait s'étonner de ce que, lorsque l'administration — de qui dépend l'application du dirigisme — reconnaît la validité d'une clause, ils s'inclinent sans même rechercher s'il s'agit réellement d'un contrat international. Tenants du libéralisme, ils ne peuvent se montrer plus sévères que les organismes issus du dirigisme. La solution revient à reconnaître à l'Office des changes le pouvoir de relever une clause monétaire de sa nullité. Surprenante au premier abord, cette jurisprudence semble donc pouvoir être admise.

352. — Mais ce n'est pas là le seul effet de la législation des changes. Réduite à régir les modalités du paiement, elle va fréquemment empêcher l'exécution de clauses reconnues valables par la jurisprudence ; elle va en quelque sorte les paralyser. Le débiteur ne pouvant s'exécuter, quelle sanction sera possible ?

(64) En ce sens M. R. SARRAUTE et P. TAGER parlent d'un « effet positif » de la législation des changes. M. E.-L. BACH, *loc. cit.*, n° 20.

(65) Colmar, 16 juillet 1952, R.C.D.I.P., 1952.729, note R. Sarraute et P. Tager.

(66) En ce sens : Ph. MALAURIE, note sous Cass. Com., 4 novembre 1958, D. 1959.361.

(67) Civ. (1^{re} sect. civ.), 21 décembre 1954, R.C.D.I.P., 1956.663, note L. Anselme-Rabinovitch.

On ne pourra invoquer la nullité de la clause puisque la clause est licite, la substance du contrat n'étant pas touchée par cette réglementation. Il faudra faire appel à la résiliation judiciaire qui sera justifiée par la non-exécution d'un contrat synallagmatique. La résiliation sera prononcée aux torts de la partie qui n'avait pas requis l'autorisation de l'Office des changes avant de s'engager (68). On peut en effet penser que cette omission constitue une faute, cette erreur de droit est impardonnable de nos jours.

§ 2. — La doctrine.

Cette jurisprudence a reçu des auteurs un accueil très divers ; certains lui ont été plus ou moins nettement hostiles, d'autres l'ont approuvée avec de sérieuses réserves.

A. — LES ADVERSAIRES DE LA JURISPRUDENCE.

353. — Dès 1944, M. le Professeur J.-Ph. Lévy affirmait que la jurisprudence Matter n'était plus conforme aux textes (69). Il soutient toujours que l'analyse classique devrait être abandonnée. « On peut se demander, dit-il, si cette direction même de libéralisme radical n'est pas liée à un monde disparu ». Il reproche à cette jurisprudence de ne pas faire la place qui lui est due à une législation d'ordre public ; selon lui, « la vérité, c'est que notre jurisprudence judiciaire, et surtout la Cour de cassation, répugnent à s'aventurer sur le terrain du contrôle des changes » (71).

Cet auteur n'est pas le seul à critiquer la jurisprudence ; d'autres considèrent que « les deux systèmes juridiques correspondent à deux conceptions des relations internationales qui se sont succédées dans le temps » (72). Ils considèrent que si le critère classique avait été confirmé par les lois de 1928 et 1936, il a été écarté par le décret-loi de 1939.

(68) En ce sens : Paris, 22 janvier 1954, D. 1955.335 : « ...que la nécessité pour la Société X..., d'avoir une licence d'importation et l'autorisation de l'Office des changes était connue d'elle et qu'elle aurait dû s'en prémunir avant de s'engager, qu'elle ne peut sérieusement se prévaloir de sa propre omission à l'encontre d'un contractant de bonne foi ».

(69) J.C.P., 1944.II.2570.

(70) J.C.P., 1957.II.9964.

(71) Note sous Civ., 24 janvier 1956, J.C.P., 1956.II.9400. En 1950 cet auteur affirmait déjà, *loc. cit.*, in *Etudes de Droit Contemporain* : « le libéralisme de notre jurisprudence a fait place au dirigisme le plus strict ; seuls demeurent licites les règlements qu'autorise, presque un à un, notre administration, en tenant compte, non plus de principes juridiques, mais de la seule opportunité économique ».

(72) L. ANSELME-RABINOVITCH, R.C.D.I.P., 1956.663. En ce sens : H. BATIFOL, *op. cit.*, n° 628 : « Le respect des faits et l'équité induisent à reconnaître en principe l'existence de la réglementation en question. »

Par suite, ils estiment que les clauses monétaires ne sont valables que lorsqu'elles ont été stipulées dans un contrat qui a reçu le sceau de l'Office des changes et que « les tribunaux devront tenir pour valables, pour cela seul qu'ils sont autorisés, les contrats entre résidents libellés en une monnaie autre que le franc » (73).

354. — M. Michel Pédamon a fort justement ramené cette analyse à de plus justes proportions (74). Partant de cette constatation que « la législation nouvelle ne fait sentir son influence que sur les clauses devises étrangères », mais « ignore délibérément les clauses de référence au métal précieux », il conclut qu'« elle aboutit à dissocier le régime juridique des unes et des autres ».

En ce qui concerne les clauses monnaie étrangère, affirme-t-il, « aussi bien dans les rapports entre résidents que dans les rapports de résidents à non résidents, la jurisprudence Matter n'a plus aucun rôle à jouer. Les catégories nouvelles supplantent les catégories anciennes ».

Au contraire, soutient-il, « le régime juridique des clauses-or n'a pas subi les modifications que nous avons précédemment décrites. Le dirigisme qui, en d'autres domaines du droit privé, a entraîné des bouleversements considérables, est resté ici sans effet ».

Ainsi assigne-t-il un domaine distinct à la théorie monétaire classique et à la législation des changes, la première régissant les clauses valeur-or, la seconde des clauses monnaie étrangère. Cette tentative de conciliation est fort intéressante ; elle répond en effet à la pratique de l'Office des changes qui ne veut connaître que des secondes. Mais peut-être accorde-t-elle une trop grande importance à cette réglementation, c'est ce qu'ont pensé de nombreux auteurs qui entendent limiter au maximum le rôle de celle-ci.

B. — LES PARTISANS DE LA JURISPRUDENCE.

355. — Ils estiment, en accord avec la jurisprudence, qu'il faut distinguer entre la substance du contrat, qui est régie par la théorie monétaire classique, et ses modalités, qui peuvent être dépendantes de la législation des changes.

MM. Henri, Léon et Jean Mazeaud (75) ont proposé de voir dans les textes relatifs au contrôle des changes une législation fiscale ; ainsi s'expliquerait qu'ils ne peuvent avoir d'effet sur la substance

(73) R. ROBLLOT, *Droit social*, 1954.133. En ce sens : R. SAVATIER, *Cours de droit international privé* (2^e éd.), n° 420, p. 317.

(74) Michel PÉDAMON, *Le régime contemporain des clauses monétaires*, D. 1958, chr. 101.

(75) *Op. cit.*, T. II, n° 877.

du contrat et ne touchent que les obligations qui naissent de l'exécution du contrat.

356. — Mais l'explication donnée par M. Jean Schapira (76) paraît plus conforme à la jurisprudence. Cet auteur fait remarquer que deux questions doivent être distinguées : celle du conflit de lois et celle du problème administratif que pose le règlement. La première a rapport au fond de la question, elle est réglée par les principes du droit monétaire dégagés par la jurisprudence ; la seconde ne vise que l'exécution de l'obligation, elle ne touche que l'autorisation de transfert et ne concerne donc qu'une modalité de l'obligation ; elle est régie par la réglementation des changes.

Le commentateur conclut dans un sens favorable à la jurisprudence ; le critère économique lui paraît en effet de loin supérieur au critère juridique retenu par la législation des changes. On ne saurait en douter si l'on se rappelle que les tribunaux avaient essayé, puis abandonné, ce même critère au lendemain de la première guerre mondiale ; il n'avait pas donné satisfaction.

357. — De plus, ainsi que le remarque M. le Professeur Malaurie (77), cette jurisprudence a l'avantage de faire subsister un élément traditionnel et permanent, là où la législation des changes a instauré la discontinuité et le perpétuel renouvellement. Cela est nécessaire à la vie juridique qui exige la sécurité. Cela est peut-être encore plus utile en droit commercial qu'ailleurs puisque cette matière repose sur le crédit, donc sur la confiance, et il ne peut y avoir de confiance dans un climat d'insécurité.

Enfin, cette solution assure l'indépendance des particuliers face à l'administration ; elle garantit la liberté contractuelle et le principe de l'immutabilité des conventions. On a remarqué en effet « que, depuis quelque temps, l'Office des changes ne se gêne pas pour imposer aux parties telles modifications de leur convention qui lui semblent opportunes. Et lorsque les parties se permettent de protester, elles se voient refuser toutes autorisations nécessaires pour le fonctionnement des contrats » (78). L'intervention de l'administration ayant perdu de son importance, on a pu espérer qu'elle userait plus modérément de son pouvoir.

(76) Note sous Com., 4 novembre 1958 et C.E., 28 novembre 1958, Clunet, 1960.440.

(77) Note sous Com., 4 novembre 1958, D. 1959.361. « La Cour de cassation paraît bien montrer que sous la discontinuité des textes, se maintient le régime traditionnel du commerce international. Il est permis de souhaiter que cet hommage qu'elle a rendu à la doctrine du Procureur Général Matter n'en soit pas le chant du cygne ».

(78) R. SARRAUTE et P. TAGER, note sous Paris, 16 juillet 1952 et Colmar, 28 mai 1952, R.C.D.I.P., 1952.723.

358. — Il ne faut pas néanmoins se faire trop d'illusions ; les prérogatives de l'administration restent fort importantes. On peut craindre que cette distinction entre la substance et le maniement d'espèces ne conduise les tribunaux à reconnaître des droits théoriques qui n'apporteront à leurs titulaires qu'une satisfaction de principe (79). Les tribunaux ne peuvent en effet adresser d'injonctions à l'administration.

Cette restriction ne doit cependant pas masquer le principal, à savoir le mérite de la jurisprudence qui a su ne pas se laisser déborder par la vogue éphémère du dirigisme. Elle a d'ailleurs été confirmée par le renouveau du libéralisme qui se manifeste essentiellement dans le Traité de Rome (80). Mais ce libéralisme, nous l'avons vu, a pris une forme particulière ; il s'agit d'un libéralisme orienté qui, en droit interne, a conduit à l'adoption de la notion d'association en matière d'indexation. On peut se demander si la jurisprudence qui avait rejeté le dirigisme écartera aussi cette nouvelle forme de libéralisme.

III. — L'ORDONNANCE DU 4 FEVRIER 1959 ET LES PAIEMENTS INTERNATIONAUX

359. — En droit interne, les particuliers qui entendent placer leur convention sous le signe du valorisme sont en principe obligés de choisir comme monnaie de compte un indice en rapport avec l'objet de l'acte passé. Le texte qui impose cette règle, l'article 14 de l'ordonnance de 1959, est d'ordre public ; les parties ne peuvent y déroger, toute clause irrégulière est nulle. Sur ce point, il ne saurait y avoir de discussion. Il n'en est pas de même en ce qui concerne les paiements internationaux ; le texte ne prévoit pas en effet cette éventualité.

La jurisprudence distinguant un ordre public interne et un ordre public international, la question qui se pose est celle de savoir si cette ordonnance doit être considérée comme n'intéressant que l'ordre public interne ou comme déterminant à la fois l'ordre public interne et l'ordre public international. Dans ce dernier cas, tous deux seraient soumis au même régime, la distinction perdrait tout intérêt.

(79) En ce sens : Ph. DURIEUX et A. PRÉCIGOUT, *op. cit.*, p. 48, n° 47.

(80) En ce sens : J. SCHAPIRA, *Clunet*, 1960, p. 440. L. CARTOU, *op. cit.*, p. 113 et suiv. : « Ainsi le Traité de Rome a profondément modifié le statut des capitaux sur le territoire de la communauté. C'est évidemment la compétence des États pour réglementer la circulation internationale des capitaux qui est surtout atteinte : comme le contrôle du commerce extérieur le contrôle des changes, son complément, est en principe détruit. »

Ne seraient alors valables dans toute convention que les indexations internes. Cette thèse a été soutenue officiellement, mais on peut douter de son bien-fondé.

**§ 1. — La thèse de l'application de l'article 14
aux paiements internationaux.**

360. — Certains arguments tendent à donner quelque apparence de véracité à cette conception. On peut tout d'abord remarquer que la suppression de la distinction entre régime interne et régime international permettrait d'aligner notre droit des paiements sur celui des autres pays ; notre splendide isolement serait ainsi terminé. Seules seraient valables et exécutoires sur notre territoire les indexations internes. Cette mesure ne se heurterait pas au droit international public puisque celui-ci reconnaît que chaque Etat est souverain maître de son régime monétaire. Aucun reproche ne pourrait donc nous être fait sur le plan des principes. On ne pourrait non plus nous en faire sur le plan pratique.

L'indexation spécifique nous est en effet apparue utile en droit interne ; elle devrait l'être tout autant en droit international. Nous avons noté d'ailleurs que les clauses indicielles se développent dans les conventions internationales et même que l'indexation interne tend à être de plus en plus fréquemment retenue. Tel est le cas par exemple pour la construction des navires en vertu du décret précité du 4 juillet 1960. On peut penser que les besoins sont les mêmes sur le plan international et sur le plan interne, donc que la même solution doit être donnée dans les deux cas.

C'est ce qu'ont pensé les fonctionnaires du Ministère des Finances et des Affaires Economiques en matière d'assurances et de traités de réassurance (81). Ils affirment que ces traités, bien qu'ils constituent, par essence, des marchés internationaux, doivent être soumis aux règles posées par l'article 14. Aucun texte spécial ne régissant cette matière, il faut en conclure que l'ensemble des marchés internationaux leur paraît soumis au nouveau régime des indexations.

Sans doute cette solution est-elle admissible pour les traités de réassurance comme elle l'est pour l'assurance, mais ce n'est pas sur la foi d'un exemple favorable que doit être déterminée une règle juridique ; aussi n'hésiterons-nous pas à écarter cet avis officiel.

(81) Lettre du Ministre des Finances et des Affaires Economiques adressée à la Fédération Française des Sociétés d'Assurances le 20 avril 1959. (Rev. Gén. Ass. Terr., 1959.264).

Nous le ferons d'autant plus aisément que l'opinion émise par le même document sur les paiements internes est à d'autres égards erronée (82).

En réalité, la jurisprudence classique doit être maintenue.

§ 2. — Non-application de l'article 14 § 1
aux paiements internationaux.

361. — L'article 14, § 1, de l'ordonnance de 1959 ne nous paraît en effet pas devoir modifier le régime monétaire antérieur. Sans doute celui-ci avait-il été forgé par la jurisprudence alors qu'aucun texte ne l'imposait, mais il a été confirmé par les lois du 25 juin 1928 et du 1er octobre 1936. La distinction entre marchés internes et marchés internationaux a depuis lors une base légale. Ces textes n'ayant pas été modifiés par les mesures récentes, sur ce point, la dualité des régimes subsiste donc. Aucun des commentateurs ne l'a mis en doute au lendemain de la publication des ordonnances sur l'indexation. Bien au contraire, tous ont affirmé que l'article 14 § 1 ne concerne pas les paiements internationaux (83).

La jurisprudence s'en tiendra aussi, très certainement, à sa conception ancienne. Elle n'a pas varié alors que la législation des changes aurait pu la conduire à revoir sa position sans que quiconque ait pu sérieusement, sur le plan des textes, le lui reprocher ; ce n'est donc pas en vertu d'une ordonnance beaucoup moins impérative qu'elle devrait revenir sur une solution bien assise et que l'évolution actuelle, tant interne qu'internationale, justifie.

D'autre part, pratiquement, l'application de l'indexation interne ne s'impose pas sur le plan international. Dans les cas où elle paraîtra souhaitable, elle pourra être employée par les parties, car sa validité ne fait pas de doute. Mais il serait parfois inutile, et même nuisible, de l'imposer. Il serait inutile de l'imposer puisque, si on l'a fait en France, c'est en grande partie pour favoriser les prêts à la production ; or, l'argument est sans valeur sur le plan international. Il serait d'autre part nuisible de l'imposer puisque cela conduirait à prohiber les clauses-or et monnaie étrangère dont l'utilité est souvent incontestable ; tel est le cas, par exemple, en matière de responsabilité.

(82) Cf. ci-dessous, n° 371.

(83) Par exemple : H.L.J. MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, T. II (2^e éd.), p. 787, n° 882. De même : de la MARNIÈRE, D. 1960.J.317 ; L.A. RABINOVITCH, *Clauses-or, indexation et contrats internationaux*, Banque, 1963, p. 463.

On rappellera enfin que le décret du 4 juillet 1960 reprend expressément la distinction entre paiements internes et paiements internationaux pour soumettre à un régime particulier les contrats relatifs à la construction des navires.

Il semble donc que l'article 14 § 1 ne peut concerner que l'ordre public interne. Il ne prescrit l'emploi de l'indexation interne que pour les conventions ne créant pas un double mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières. En conséquence, dans les contrats internationaux l'indexation reste libre ; toute clause est valable, seule son efficacité risque d'être limitée par suite du jeu de la réglementation des changes. Remarquons cependant que l'Office des changes pourra suggérer, avec plus ou moins de vigueur, l'emploi de ce mode d'indexation.

Le fait que l'article 14 § 1 ne soit pas applicable aux contrats internationaux doit logiquement avoir pour conséquence que l'article 14 § 2, concernant le régime transitoire, ne doive pas lui non plus être pris en considération en la matière. Dès lors l'étude du régime transitoire institué par ce texte devrait être limitée aux paiements internes.

CHAPITRE 3

Le régime transitoire.

362. — Le régime des paiements internationaux n'ayant pas été modifié par les ordonnances des 30 décembre 1958 et 4 février 1959, aucun conflit de lois dans le temps n'a pu apparaître en ce qui les concerne. Ce n'est que pour les paiements internes que se pose un problème de droit transitoire.

D'autre part, il convient dès à présent de souligner que, pour les conventions antérieures aux ordonnances et non touchées par elles, c'est le régime dégagé par la jurisprudence qui est applicable. Toutes les clauses d'indexation ou de variation qui y avaient été stipulées demeurent donc valables quand bien même il s'agirait de clauses valeur-or ou valeur monnaie étrangère (1).

363. — En droit interne, deux textes ont successivement réglementé les indexations. Le premier est l'article 79 § 3 de l'ordonnance du 30 décembre 1958, publié au Journal Officiel du 31 décembre, donc applicable à partir du 1er ou 2 janvier 1959, selon la date d'arrivée du numéro aux divers chefs-lieux. Le second est l'article 14 de l'ordonnance du 4 février 1959 (2), inséré au Journal Officiel du 8 février. Il a pris effet à compter des 9 ou 10 février 1959.

La succession de ces deux textes pose le délicat problème de leurs rapports. Il s'agit de savoir si le second est interprétatif du premier ou non, s'il le remplace rétroactivement, ou enfin s'il ne fait que lui succéder.

(1) Ci-dessus, n° 201.

(2) Ce texte, dans son alinéa premier, valide les indexations internes et, dans son alinéa 2, bloque les indexations autres insérées dans des dispositions statutaires ou conventionnelles concernant, « directement ou indirectement, des obligations réciproques à exécution successive ».

Le régime institué par le premier avait été fort critiqué par les commentateurs ; il a été profondément remanié par le second que nous avons longuement étudié. Cependant, certains, considérant que l'article 14, § 2, prévoit que le blocage imposé sera effectué à la dernière revalorisation antérieure au 31 décembre 1958, ont pensé que « dans l'esprit du législateur les nouvelles dispositions doivent être appliquées dans leur ensemble, éventuellement avec effet rétroactif, à partir de l'entrée en vigueur du texte originaire de l'ordonnance du 30 décembre 1958 » (3).

Mais ces deux textes sont trop différents pour que l'on puisse considérer que le second est interprétatif du premier ; il contient en effet de nombreuses dispositions propres qui ne peuvent découler logiquement du premier. Essentiellement la notion de société était inconnue de la première rédaction. D'autre part, en l'absence de disposition expresse, on ne peut reconnaître au second le caractère rétroactif (4).

En conséquence, trois périodes doivent être distinguées ; elles vont des origines au 31 décembre 1958, du 1er janvier 1959 au 8 février 1959 et du 9 février 1959 à nos jours. La dernière a déjà été étudiée, seules les deux premières restent à voir.

L — LES ACTES ANTERIEURS AU 1^{er} JANVIER 1959

364. — Des mesures transitoires relatives à ces actes avaient été prévues par l'article 79, § 3-2 (5) ; elles ont été rétroactivement remplacées par celles instituées par l'article 14, § 2 (6). En effet, alors que ces deux ordonnances ont conservé leur domaine propre, délimité dans le temps, en ce qui concerne le régime des indexations, le premier a perdu tout effet en ce qui concerne les conventions antérieures. Si l'alinéa 3-1 de l'article 79 a conservé un intérêt, son alinéa 3-2 n'en présente plus aucun.

(3) A. LEHNARD, *loc. cit.*

(4) En ce sens : FAU et DEBEAURAIN, *loc. cit.*, Ann. Loy., 1959.233, n° 44. L. Page, *loc. cit.*, Jour. Not., 1959, article 45.775. De la MARNIÈRE, *loc. cit.* J.C.P. (éd. G.), 1959.I.1510.

(5) « Cessent de recevoir application les dispositions en cours comportant de telles indexations sauf lorsqu'elles concernent des dettes d'aliments ou des constitutions de rentes viagères de caractère alimentaire. »

(6) « Dans les dispositions statutaires ou conventionnelles en cours, les clauses prévoyant de telles indexations cessent de produire effet au-delà du niveau atteint lors de la dernière revalorisation antérieure au 31 décembre 1958 lorsque ces dispositions concernent, directement ou indirectement, des obligations réciproques à exécution successive. »

L'article 14, § 2, règle le sort des indexations qui avaient été prévues sous l'influence de la jurisprudence antérieure et postérieure à 1957 ; son importance est donc extrême. On doit regretter, avec les praticiens, son caractère rétroactif (7), et peut-être peut-on regretter plus encore sa rédaction sybilline qui a suscité beaucoup de craintes injustifiées. Il nous faudra donner la clef de cette formule avant d'en fixer le domaine d'application et les effets.

§ 1. — Signification de l'article 14, § 2.

365. — Ce texte ne vise que les dispositions concernant des obligations réciproques à exécution successive. Les commentateurs se sont opposés quant à l'interprétation de cette formule qui est d'une subtilité telle qu'elle ne peut être comprise que si l'on connaît le but poursuivi par ses auteurs.

Or ce but nous est révélé, d'une manière certaine, par le rapport du Comité des experts. De même que l'article 79, § 1, a permis de mettre fin à l'indexation des produits agricoles (au moins provisoirement), l'article 14, § 2, a permis de supprimer l'indexation des contrats de travail. Le Gouvernement entendait mettre un terme au cycle infernal. Tous les commentateurs sont d'accord sur ce point (8).

Si les pouvoirs publics n'ont pas exprimé clairement leur volonté et ont usé d'une périphrase, c'est qu'il leur était politiquement impossible d'agir autrement. Les travailleurs étant très attachés à l'indexation, l'ordonnance relative à l'intéressement n'aurait pas suffi à freiner leur opposition. Il fallait de toute nécessité présenter la réforme comme une mesure générale faisant supporter par tous l'effort demandé par le nouveau Gouvernement.

366. — Certains avaient entendu l'expression d'une manière très large ; ils considéraient que les obligations pouvaient être d'une part réciproques, et d'autre part successives, que c'est l'ensemble de la convention et non chaque obligation qui devait inclure ces caractères. Ils admettaient ainsi qu'un contrat d'assurance prévoyant le versement d'une rente répondait à la définition.

Au vrai, un seul type classique d'obligations répond à la définition : le contrat de louage sous ses diverses formes (9).

(7) Ainsi : J. DEFRENOIS, *loc. cit.* : « Quelle que soit l'opinion que l'on puisse avoir sur les effets de l'échelle mobile au point de vue économique et monétaire son influence à cet égard apparaît tout de même trop incertaine pour légitimer une atteinte à la sûreté des relations contractuelles. »

(8) En ce sens : H.L. MAZEAUD, R.T.D.C., 1959.744, n° 32. J.-Ph. LÉVY, *loc. cit.*, J.C.P., 1959.I.1472, n° 31. De la MARNIERRE, *loc. cit.*, J.C.P., 1959.I.1510.

(9) M. J. NOIREL, *loc. cit.*, n° 46, estime que « les pouvoirs publics ont voulu atteindre les contrats en cours à grand rayonnement psychologique, comme

C'est l'opinion qui semble l'avoir emporté en doctrine (10). Il faut en effet admettre que ne sont atteintes que les conventions comportant des obligations à la fois réciproques et successives. Une réponse ministérielle l'a fort nettement affirmé : « Doivent être considérés comme des contrats comportant des obligations réciproques à exécution successive les contrats qui obligent chaque partie à des prestations successives, les prestations de l'un des contractants étant la contrepartie des prestations de l'autre » (11).

La Cour de Cassation s'est elle aussi prononcée en ce sens de la manière la plus nette dans un arrêt du 20 novembre 1962 (12) puisqu'elle affirme que « s'agissant d'une disposition dérogatoire au droit commun dont l'interprétation doit être restrictive », l'article 14 § 2 ne peut recevoir application que s'il « y a existence simultanée d'obligations à la fois réciproques et à exécution successive ».

Bien que le principe de solution paraisse clair, de nombreuses difficultés d'application ont été soulevées.

§ 2. — Domaine d'application de l'article 14, § 2.

a) *Les contrats de louage.*

367. — Il ne fait aucun doute, et sur ce point l'accord est général, que tous les contrats de louage entrent dans le domaine d'application de ce texte.

Tel est bien sûr le cas des contrats de travail, comme celui des conventions collectives. C'est pour éviter toute discussion sur ce point que les rédacteurs de l'article 14 ont spécifié qu'étaient visées les dispositions concernant « directement ou indirectement » des obligations réciproques à exécution successive.

Tel est aussi le cas des baux commerciaux (13), les auteurs sont unanimes en ce sens ; de nombreuses réponses ministérielles l'ont

les conventions collectives prévoyant une indexation des contrats de travail, et les baux dont le loyer est libre ».

(10) En ce sens : MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, T. II, 1, p. 625, n° 583. P. ESMEIN, *loc. cit.*, G.P., 1959.I, doct. 33. L. PAGE, *loc. cit.*, De la MARNIERRE, *loc. cit.*, J.C.P., 1959.I.1510. FAU et DEBEAURAIN, *loc. cit.*, Ann. Loy., 1959, p. 233, n° 53. H. SERRES, *Journal des Finances*, 13 mars 1959 : « Le législateur a voulu que toutes les obligations réciproques contenues dans le contrat soient toutes deux à exécution successive. »

(11) J.O., déb. A.N., 30 juin 1959, p. 1192. En ce sens : J.O., déb. A.N., 11 février 1961, p. 160, J.O., déb. A.N., 20 juillet 1961, p. 1856.

(12) Cass. 1^{re} Civ., 20 novembre 1962, D. 1963.319, J.C.P., 1963.II.13008, G.P., 1963.I.22.

(13) Sur ce point cf. ARCHEVÊQUE, LEGRAND et de BELOT, *Ordonnances et décrets récents relatifs aux baux commerciaux*, G.P., 1959.I, doct., p. 36.

confirmé (14). Mais on remarquera que, en cette matière, l'effet du blocage prévu n'est pas aussi grave que l'on aurait pu le craindre. La révision triennale, en effet, dont nous savons qu'elle reste applicable et se cumule avec le valorisme contractuel, pourra toujours être invoquée si la dépréciation prend une trop grande ampleur (15). De plus, le blocage pourra, dans certains cas, justifier une révision du contrat.

Les baux d'habitation, eux, ne sont atteints que lorsqu'ils ne sont pas régis par la loi du 1er septembre 1948, donc lorsqu'ils concernent des immeubles construits ou achevés postérieurement à cette loi. Mais alors ils entrent incontestablement dans le domaine d'application de l'article 14, § 2. Une décision est intervenue en ce sens (16) ; elle n'a soulevé aucune critique.

Les baux ruraux étant soumis à une indexation réglementaire n'entrent pas dans ce domaine. Par contre, tous les autres contrats de louages de choses en font partie (17).

b) *Les autres contrats.*

368. — Bien que le domaine d'élection de l'article 14, § 2, paraisse être le contrat de louage, certains ont prétendu l'étendre à d'autres conventions, par exemple au contrat de vente. Mais ce contrat n'engendre pas normalement d'obligations réciproques à exécution successive et ne peut dès lors être soumis à l'article 14, § 2 (18). Cela est vrai lorsque, soit la remise de la chose, soit le paiement, sont exécutés en une seule opération. Mais s'il a été prévu des livraisons successives payées à chaque fois séparément, par exception ce contrat sera régi par ce texte (19).

369. — Le contrat de rentes viagères va lui aussi échapper aux dispositions de l'article 14, § 2. Il n'existe en effet dans ce contrat d'obligations successives qu'à la charge du seul débirentier, le cré-

(14) En ce sens les réponses ministérielles parues au *J.O.*, déb. A.N., 3 juillet 1959, p. 1285, *J.O.*, déb. Sénat, 3 juillet 1959, p. 412, *J.O.*, déb. A.N., 3 octobre 1959, p. 1691.

(15) En ce sens : réponse ministérielle, n° 1340, *J.O.*, déb., Sénat, 31 janvier 1961.

(16) Trib. Inst. Poissy, 28 juillet 1959, D. 1959.628.

(17) Ainsi une circulaire des Domaines du 17 juillet 1959 a affirmé que les conventions d'occupation du domaine public entraient dans le domaine d'application de l'article 14, § 2.

(18) En ce sens : les réponses ministérielles parues au *J.O.*, déb. A.N., 1^{er} juillet 1959, p. 1193 ; *J.O.*, déb. A.N., 19 juin 1959, p. 924 ; *J.O.*, déb. Sénat, 31 janvier 1961. Nancy, 21 mars 1963, D. 1963.392, note Esmein ; Trib. com. Lyon, 28 septembre 1962, J.C.P., 1963.II.13407, note H. Laurent.

(19) En ce sens : J. DEFRENOIS, *loc. cit.*, article 27.762.

direntier s'exécutant normalement dès l'origine du contrat (20). C'est en ce sens que s'étaient prononcées les réponses ministérielles (21) et que jugent les tribunaux (22).

370. — Une plus grande difficulté s'est présentée dans le cas des retraites indexées. Sans doute s'agit-il d'un contrat qui ne crée pas d'obligations réciproques à exécution successive et qui, en conséquence, ne devrait pas entrer dans le domaine d'application de l'article 14, § 2, mais on a fait remarquer qu'il était très étroitement lié au contrat de travail dont il est à la fois l'accessoire et l'aboutissement et que, par suite, il devrait être soumis au même régime que celui-ci. La Cour d'appel de Paris (23) n'a pas cru devoir s'arrêter à cette objection dans une espèce où un retraité étant défendeur. Cette solution est heureuse. En effet, lorsque le salarié prend sa retraite, le contrat de travail disparaît et le contrat de retraite devient autonome. De plus, tant que dure le contrat de travail, il est possible à l'intéressé d'obtenir la révision de son régime de retraite, mais dès que celui-là cesse, le retraité n'a aucun moyen d'imposer une modification de l'indexation. *A contrario* on peut penser que les indexations des contrats de retraite prévues dans des contrats de travail en cours sont atteintes par les mesures transitoires.

371. — En ce qui concerne les contrats d'assurance, la solution a aussi prêté à discussion. Une lettre officielle a affirmé que ces contrats « comportant très généralement des obligations réciproques à exécution successive tombent sous le coup de la limitation instituée au § 3-2 de l'article 79 » (24). Certains auteurs ont proposé de

(20) *Contra* : J.-Ph. LÉVY, *loc. cit.*, J.C.P., 1959.I.1472, n° 34.

(21) Par exemple : J.O., déb. A.N., 30 juin 1959, p. 1192. J.O., déb. A.N., 29 avril 1959, n° 501 : « ce contrat ne comporte d'obligations à exécution successive qu'à la charge de l'une des parties : le débirentier ». Une réponse, J.O., déb. A.N., 20 juillet 1961, p. 1856, a même précisé que le fait de n'avoir aliéné que la nue-propriété d'un bien vendu en viager ne confère pas à la convention le caractère d'un contrat comprenant des obligations réciproques à exécution successive. Voir enfin : J.O., déb. A.N., 29 juin 1962, p. 2104. En ce sens : L. PAGE, *loc. cit.* De la MARNIERRE, *loc. cit.*, J.C.P., 1959.I.1510.

(22) Trib. Gde Inst. Thionville, 6 mai 1959, Jour. Fin., 1959, p. 582, et observations L. PAGE, Jour. Not., 1959.767. Trib. Gde Inst. Rochefort-sur-Mer, 16 mars 1960, G.P., Tables, 2^e trimestre 1960, p. 196. Angers, 9 novembre 1959, G.P., 1960.I.67, D. 1960, Somm., 29. Trib. Gde Inst. Seine, 4 octobre 1962, Rev. Huis. Inst., 1963, p. 501. Jour. Spé. Soc., 1963, n° 8 ; Trib. Gde Inst. Bourg. 29 avril 1963, G.P., 1963.II.273.

(23) Paris (1^{re} Ch.), 4 juillet 1959, D. 1960.317, note de la Marnierre. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par l'arrêt précité de la Chambre civile de la Cour de cassation du 20 novembre 1962, G.P., 1963.I.22.

(24) Lettre du Ministre des Finances et des Affaires Economiques adressée à la Fédération française des assurances le 20 avril 1959 (Rev. Gén. Ass. Terr., 1959, p. 264).

distinguer selon que la compagnie a à verser un capital ou une rente. Dans le premier cas, l'article 14, § 2, ne jouerait pas car il n'y a d'obligations successives qu'à la charge de l'assuré ; dans le second, par contre, il jouerait puisqu'il y a de telles obligations à la charge des deux parties. En réalité, cette opposition n'est aucunement justifiée ; dans ces deux cas, il n'existe pas d'obligations qui se répondent périodiquement, donc l'article 14, § 2, n'est jamais applicable. Une seule décision est intervenue actuellement (25) ; elle a trait à la première hypothèse. Elle rejette l'application des mesures transitoires au motif qu'elles ne visent que les conventions qui « obligent chacune des parties à des prestations successives se servant mutuellement de cause ». L'argument valant pour les deux hypothèses distinguées par les auteurs, on peut conclure que tous les contrats d'assurance échappent à la législation envisagée (26).

372. — Il en va de même du contrat de prêt, bien que cela ait été discuté. Ce contrat est en effet « en droit français un contrat unilatéral, il ne se forme que par la remise de la chose prêtée, de telle sorte qu'il ne crée qu'une seule obligation : celle de restituer » (27). Il est dès lors hors du champ d'application de l'article 14, § 2 (28). Les réponses ministérielles sont en ce sens (29). La jurisprudence en a, elle aussi, décidé ainsi (30). M. le Doyen Savatier, malgré son hostilité envers l'indexation du contrat de prêt, a lui-même admis cette solution (31).

§ 3. — Effets de l'article 14, § 2.

373. — Si le domaine d'application de l'article 14, § 2, est très limité, ses effets ne le sont pas moins. Il n'a tout d'abord aucune influence sur les clauses valables dans le régime nouveau (fort fréquentes en pratique depuis longtemps). Le texte le dit expressément ; ne l'aurait-il pas prévu que l'on aurait dû cependant l'admettre. Cela est parfaitement logique.

(25) Trib. Gde Inst. Perpignan, 22 décembre 1959, D. 1960.487, S. 1960.224, J.C.P., 1960.II.11610, note G. Hubrecht.

(26) H.L. MAZEAUD, observations R.T.D.C., 1960, p. 487, n° 42. L. PACE, *loc. cit.*

(27) H.L. MAZEAUD, observations R.T.D.C., 1949, p. 744, n° 32. En ce sens H. CAPITANT, *La cause des obligations*, n° 23.

(28) En ce sens : L. PACE, *loc. cit.* De la MARNIERRE, *loc. cit.*, J.C.P., 1959. I.1510. J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 19.

(29) Par ex. : J.O., déb. A.N., 5 septembre 1959, p. 1615. J.O., déb. Sénat, 20 novembre 1962, p. 1333.

(30) Trib. Gde Inst. Seine (22^e Ch.), 30 mai 1959, J.C.P., 1959.II.11172, G.P., 1959.II.175, D. 1959.555, S. 1960.22. Paris, cf. *infra*. Amiens (aud. solen.), 22 mars 1961, G.P., 13 juin 1961.

(31) R. SAVATIER, note sous Paris, 4 mars 1960, D. 1960.767.

Seules les clauses nulles sous le régime de l'article 14, § 1, sont soumises à cette réglementation. Encore ne sont-elles pas annulées, mais seulement bloquées. La rétroactivité n'est donc pas absolue. La clause atteinte ne disparaît pas, elle « cesse de produire effet au delà du niveau atteint lors de la dernière revalorisation antérieure au 31 décembre 1958 ».

Cela signifie que la dette stipulée en valeur réelle a conservé ce caractère jusqu'au jour de la dernière échéance antérieure à cette date (et que les paiements effectués jusqu'alors sur cette base l'ont été valablement (32)), mais qu'elle est alors devenue une obligation nominale dont le montant est égal à celui atteint par elle à ce jour. Alors que l'annulation transforme rétroactivement l'obligation en obligation nominale, le blocage ne fait que substituer le régime nominaliste au régime valoriste primitivement retenu.

Certains auteurs estiment cependant que l'ordonnance n'a fait que fixer un maximum et que si la clause ne peut jouer « au-delà », elle peut toujours jouer « en deçà » (33). Cette manière de voir nous paraît erronée. En effet, le texte a été rédigé dans un contexte inflationniste et seule l'éventualité d'une hausse a été envisagée, ce qui explique la formule. Mais le législateur n'a pu vouloir instituer une mesure unilatérale ne bénéficiant qu'au débiteur, ce qui serait contraire à la plus élémentaire équité (34). Le blocage doit bien dès lors être tenu pour bilatéral.

374. — La clause d'indexation se trouve ainsi privée de tout effet. On notera cependant qu'elle ne peut pas pour autant être rayée du contrat par les juges puisqu'elle retrouverait vie en cas de suppression du blocage (35). En dépit de cette restriction, il apparaît clairement que la convention est très profondément touchée par cette mesure. Par suite on peut se demander si le créancier a la possibilité dans ce cas d'en demander l'annulation ou la résolution. Le Tribunal d'instance de Poissy (36) ne l'a pas admis, au motif que : « L'ordonnance ayant simplement suspendu les effets de certaines clauses d'indexation, les loyers prévus comme variables ne sauraient être annulés pour illicéité ou absence de cause, l'essence du contrat à taux de loyer variable ne se trouvant pas affectée par une mesure qui délimite cette variabilité ».

(32) En ce sens : Cass. com., 21 octobre 1963, J.C.P., 1963.IV, p. 162.

(33) Par exemple : J. DEFRENOIS, *loc. cit.* L. PAGE, *loc. cit.*

(34) En ce sens : FAU et DEBEAURAIN, *loc. cit.*, Ann. Loy., 1959, n° 52.

(35) En ce sens : Paris, 4 juillet 1960, Jour. Sp. Soc., 1963, n° 29.

(36) Trib. Inst. Poissy, 28 juillet 1959, D. 1959.628, et observations Jauffret, R.T.D. Com., 1960.311.

Quelques auteurs ont approuvé cette décision. Outre l'argument tiré de l'article 1172 du Code civil, ils invoquent l'esprit de l'article 14, § 2, de l'ordonnance de 1959 (37). Selon eux, ce texte suppose le maintien de la convention.

Mais la majorité des commentateurs s'est prononcée en sens contraire. Tel est le cas de M. L. Page (38). Cet auteur, après avoir admis l'applicabilité de l'article 1172, demande cependant aux magistrats de se montrer très stricts pour accueillir la preuve de l'intention des parties. Cette restriction ne peut être admise, la question de savoir si la clause d'indexation est ou non déterminante ne saurait être résolue différemment selon que la clause est nulle ou bloquée.

Plusieurs réponses ministérielles, relatives à des baux commerciaux, ont, elles aussi, adopté cette solution libérale. L'une d'entre elles affirme par exemple que (39) :

« A défaut de réaménagement du contrat, notamment par voie de substitution à l'indice originaire d'un indice non prohibé par la législation actuellement applicable, il paraîtrait possible pour le propriétaire d'obtenir, dans certains cas, l'annulation de ce contrat, en se prévalant des dispositions contenues aux articles 1131 et 1172 du Code civil ».

Il semble que juridiquement cette conception soit la plus justifiée. Que la clause soit illicite pour nullité, ou impossible par suite du blocage, si elle a été impulsive et déterminante, sa disparition doit entraîner l'annulation de la convention.

375. — Mais il serait pratiquement regrettable que l'on fasse usage de cette sanction ; la résolution paraît beaucoup plus adéquate. En effet, l'article 14 ne vise que des obligations à exécution successive. Or, dans ce cas, la rétroactivité de la nullité est nuisible, puisque les situations antérieures sont déjà consolidées, alors que la résolution pourrait jouer, si les tribunaux le désiraient, sans cette rétroactivité nuisible.

Il n'est pas douteux que l'article 1184 du Code civil puisse être utilement invoqué. Le blocage cause en effet un déséquilibre entre les obligations des contractants, déséquilibre suffisant pour justifier la demande. Remarquons que le débiteur ne pourrait conclure

(37) Par exemple : J. DEFRÉNOIS, *loc. cit.*, FAU et DEBEAURAIN, *loc. cit.*, n° 61, *Contra*, J. NOIREL, *loc. cit.*, n° 48 : « Maintenir le contrat serait le faire jouer contre l'intention des parties. »

(38) *Loc. cit.*, article 45.775.

(39) *J.O.*, déb. A.N., 3 juillet 1959.1285. En ce sens : *J.O.*, déb. Sénat, 3 juillet 1959, p. 412.

au rejet de cette prétention en soutenant que le blocage est dû à un cas de force majeure puisque la jurisprudence ne s'attache pas à cette circonstance.

Plusieurs réponses ministérielles ont prévu cette issue à la situation créée par le blocage de l'indexation (40). Les commentateurs se sont aussi prononcés en ce sens (41). L'équité imposait cette solution : les contractants n'ont commis aucune faute en agissant comme ils l'ont fait, il serait injuste que l'un d'entre eux supporte le poids d'une modification de la politique économique, politique bien incertaine comme le prouve la succession des textes.

II. — LES ACTES PASSES ENTRE LES DEUX ORDONNANCES

376. — Ainsi que nous l'avons vu, ces actes sont soumis à deux textes : l'article 79, § 3-1, et l'article 14, § 2. Le second étant connu, il ne reste qu'à présenter le premier.

« Sont interdites toutes nouvelles dispositions statutaires ou conventionnelles prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum interprofessionnel garanti ou sur le niveau général des prix à la consommation ».

Le régime institué en 1958 était donc fort simple : se trouvaient autorisées toutes les indexations à l'exception de deux : l'indexation sur le S.M.I.G. ou sur l'indice des prix de détail. Mais ce régime n'avait aucun sens, il ne correspondait à rien d'interdire ces deux indices si, de l'aveu général, l'indice des prix de gros demeurerait licite. Toute clause d'indexation insérée dans une convention conclue entre le 1er janvier et le 9 février 1959 devait être conforme à ces prescriptions. La sanction de ce texte est la nullité. Mais une convention valablement passée sous ce régime peut être atteinte par l'article 14, § 2. Si elle entre dans son domaine d'application, la clause sera immédiatement privée d'efficacité en ce sens que la conversion de valeur marchande en valeur nominale se fera au pair, l'exposant étant égal à 1.

Seules les clauses conformes aux dispositions du premier texte et n'entrant pas dans le domaine du second, sont à la fois valables et efficaces.

(40) Réponse n° 1340, *J.O.*, déb. Sénat, 31 janvier 1961.

(41) En ce sens : Par exemple, J. DEFRÉNOIS, *loc. cit.* *Contra* : R. FOURÈS, *Clauses d'indexation et toyers*, Act. Jur. Prop. Imm., 1961.I.61. Cet auteur estime que « cette situation constitue un déni de justice ».

377. — Un exemple éclaire ces principes. Le 24 janvier 1959, dans des circonstances assez particulières, un arrêté (42) portant nomination d'un huissier de justice a prévu que celui-ci devrait remettre une certaine somme à titre d'indemnité aux héritiers, que le paiement aurait lieu en trois fois, et que les deux premiers versements seraient fonction de l'indice général des prix de gros.

On trouve ici la confirmation de ce que l'indice des prix de gros permettait de tourner la prohibition instituée, les services officiels eux-mêmes en donnaient l'exemple. Cet indice, valable à cette époque, n'est d'ailleurs pas atteint par l'article 14, § 2 ; en effet, il est inclus dans un contrat de cession où celle-ci a été exécutée en une seule fois. Cet acte va donc conserver toute son efficacité.

Une telle indexation ne serait plus possible de nos jours ; elle ne répond pas en effet à l'idée de société sans laquelle les parties ne peuvent choisir un valorisme contractuel. Tout appel au valorisme doit être fait désormais par le canal de l'indexation interne, c'est là le tempérament que le législateur a tenu à imposer lorsqu'il a abandonné le nominalisme comme principe d'ordre public.

(42) *J.O.*, 3 février 1959, p. 1524.

Conclusion

378. — Sans doute est-il apparu tout au long de ces développements que le critère proposé par l'article 14, § 1, de l'ordonnance du 14 février 1959 nous paraît susceptible de donner une solution satisfaisante aux problèmes posés par l'indexation; il n'en demeure pas moins nécessaire de vérifier que la formule nouvelle répond aux divers impératifs dégagés par les auteurs dès avant 1958. Ce n'est en effet qu'à cette condition qu'elle peut avoir une chance de succès durable.

Une première indication nous est donnée par le droit comparé : le système français, bien qu'unique par son développement, n'est cependant pas isolé. D'autres pays ont fait une part, variable il est vrai, à l'indexation interne (1).

379. — En Allemagne, pays où les théories monétaires ont toujours été spécialement étudiées, les auteurs n'ont pas été « sans apercevoir les multiples usages auxquels pouvait se prêter l'extrême souplesse de la notion de société » (2). Ils ont affirmé la validité des clauses de participation aux bénéfices et des clauses d'indexation sur le chiffre d'affaires. Pour justifier leur position, ils font remarquer que de telles stipulations assurent au bénéficiaire une juste participation aux résultats de l'entreprise.

De même, les Autrichiens ont connu en 1953 un emprunt électricité indexé sur le prix du kilowatt-heure, puis, pour financer la reconstruction, un emprunt indexé sur le coût de la construction. Cette dernière mesure a été aussi adoptée au Chili où le législateur a d'autre part autorisé, en vue de favoriser l'agriculture, l'émission de bons indexés sur le prix du blé.

(1) Sur ce point : cf. M. VASSEUR, *L'indexation à l'étranger*, Rev. Eco., 1955, p. 275. MERCHERS, *Les clauses d'indexation en droit belge et en droit français*, Revue de la Banque, 1961, p. 1.

(2) M. VASSEUR, *loc. cit.*, *supra*.

Les pays anglo-saxons, où le respect de la monnaie légale est cependant très prononcé, n'ont pas non plus été insensibles aux avantages de cette forme d'indexation. Ils l'ont essentiellement mise à profit en matière de baux commerciaux. De nombreux loyers ont été affectés d'une clause de participation au chiffre d'affaires de l'entreprise ou d'une clause de référence au prix des marchandises vendues par elle.

380. — Il semble cependant que ce soit dans le domaine des salaires que les expériences les plus intéressantes aient été tentées. Les résultats obtenus en Suisse, par exemple, ont été très satisfaisants. Une tendance très nette s'est manifestée qui conduit « à relier au plus près salaire et productivité : de plus en plus le simple salaire au temps est abandonné et les formules d'intéressement aux résultats de l'entreprise se multiplient » (3).

Cet exemple, emprunté à un pays qui a connu une relative stabilité monétaire, présente un grand intérêt en ce qu'il nous confirme que la pratique de l'indexation interne ne voit pas son efficacité limitée aux époques de dépréciation monétaire et qu'elle peut avoir des effets positifs en toute période. Cela est dû à ce que l'indexation interne atténue le caractère antagoniste des contrats où elle est stipulée en leur adjoignant une association en participation. Cet effet est très prisé par le Gouvernement, il entre remarquablement dans sa ligne politique.

Le critère nouveau répond aux besoins politiques.

381. — Comme le remarquait le Doyen Geny : « L'Etat peut, seul, être l'arbitre, impartial et accepté de tous, entre les intérêts que met en jeu le système monétaire » (4). Il lui appartenait donc de résoudre l'opposition entre créanciers et débiteurs exaspérée par la dépréciation monétaire, le progrès économique et l'évolution des idées. Ce conflit est très général, mais c'est dans le cadre de l'entreprise qu'il s'est manifesté avec le plus de netteté. Le prêteur se dresse contre l'entreprise emprunteuse qui, de son côté, doit faire face aux revendications de ses salariés. On a pu penser que l'indexation interne serait susceptible de favoriser la solution des problèmes que pose cet état de fait. On a ainsi tenté d'associer le capital à la fortune de l'entreprise : tel est le sens de l'indexation interne ; on s'est de même efforcé de rapprocher salariés et entreprise ; tel est le but de l'intéressement des travailleurs à l'entreprise.

(3) J. VALARCHÉ, *Le dépassement du salariat sur l'exemple suisse*, Rev. Eco., 1959, p. 388.

(4) F. GENY, *loc. cit.*, *Mélanges Hauriou*, p. 389, n° 7.

382. — *L'association du capital à l'entreprise.* Sans doute est-ce la dépréciation monétaire qui a causé l'adoption du régime nouveau de l'indexation, mais on peut se demander si la solution donnée n'était pas déjà prête à percer et si la dépréciation n'a pas eu seulement pour effet de hâter une évolution nécessaire.

Ainsi que le remarque H. du Passage (5) : « Si le crédit moderne veut trouver une base plus large, il doit la chercher dans des contrats qui le fassent reposer sur l'association ».

L'évolution de la situation des obligataires montre la réalité de cette affirmation. A l'origine, chaque obligataire se trouvait dans la situation d'un simple prêteur, ses moyens de défense étaient très limités. C'est pourquoi s'étaient constituées spontanément des « sociétés civiles d'obligataires » chargées de défendre les intérêts de leurs membres. Le décret-loi du 30 octobre 1935 les a consacrées. Les masses d'obligataires se sont vues reconnaître par ce texte un certain droit de regard sur la gestion de la société. Ce n'a été là qu'un des éléments qui ont conduit les auteurs à constater que le fossé qui existait auparavant entre obligataires et actionnaires tendait à se combler (6). L'évolution s'est poursuivie par la participation aux résultats de l'entreprise qu'institue le nouveau régime de l'indexation.

Ainsi se crée un lien qui assure, en même temps qu'une coopération entre les prêteurs et l'entreprise, une meilleure compréhension par chacun des problèmes de son partenaire. Il fait ressortir la communauté d'intérêts qui existe en fait entre ces deux parties, communauté qui se manifeste d'une manière très large puisqu'elle inclut en outre les travailleurs.

383. — *L'association des travailleurs à l'entreprise.* De même que le droit du crédit doit se tourner vers la notion d'association, de même le droit des relations du travail doit s'engager dans cette voie. « Le besoin de participation est, d'après les sociologues d'aujourd'hui, la base de l'aspiration à la démocratie : l'homme désire participer aux collectivités dont il fait partie, non pas seulement d'une façon passive, mais aussi d'une façon active » (7).

La participation à la gestion a été acquise assez tôt ; la Constitution du 27 octobre 1946, dans son préambule, en a retenu le principe ; les lois du 22 février 1945 et du 16 mai 1946 ont institué des

(5) Dictionnaire de théologie catholique, article Usure, col. 2384.

(6) En ce sens : J. HAMEL, *loc. cit.*, D. 1952, doct. 161. G. RIPERT, *loc. cit.*, *Les cahiers économiques*, octobre 1952.

(7) G. LASSERRE, *L'expérience coopérative de démocratie économique*, Paris, 1957, p. 7. On remarquera d'ailleurs que c'est en ce sens que s'est développé le mouvement coopératiste. Sur cette question, outre l'ouvrage de M. LASSERRE, cf. Ch. GIDE, *L'école de Nîmes*, Paris, 1926.

comités d'entreprise possédant un rôle consultatif. En pratique ces mesures n'ont pas eu les effets attendus ; néanmoins l'évolution qu'elles jalonnent apparaît nettement. La voie à suivre est tracée, les moyens d'y arriver ne sont cependant pas dégagés encore d'une manière suffisante, tout au moins en ce qui concerne la gestion.

La participation aux résultats de l'entreprise a connu un meilleur succès. Elle était déjà pratiquée avant la première guerre mondiale (8), mais elle n'a connu un complet développement que postérieurement. La dépréciation monétaire a joué en quelque sorte un rôle de catalyseur. Afin de lutter contre la baisse de leur pouvoir d'achat les salariés se sont efforcés d'obtenir l'indexation de leur rémunération ; l'indice retenu a été généralement celui du coût de la vie. Mais la généralisation de cette pratique était très dangereuse pour l'économie du pays (9) car elle tendait à accélérer le cycle infernal, la course entre les prix et les salaires.

C'est pourquoi les ordonnances de 1958 et 1959 relatives à l'indexation ont interdit, rétroactivement, ce procédé. Mais il n'était pas possible au Gouvernement de supprimer sans compensations ce qui était considéré par les syndicats comme une conquête sociale. Pour l'avenir, l'indexation demeure possible, à condition de satisfaire à l'idée de société ; de plus, une ordonnance du 7 janvier a institué l'intéressement des travailleurs à l'entreprise (10).

384. — L'intéressement des travailleurs à l'entreprise se réalise par les contrats passés entre salariés et employeurs, mais il faut bien remarquer que les participations attribuées ne constituent pas un élément du salaire ; elles n'entrent pas en compte, par exemple, dans le calcul du S.M.I.G. (11). Son but a été indiqué par la circulaire du 26 novembre 1959. Il y est dit que le Gouvernement a entendu « contribuer, au sein des entreprises, à l'amélioration des rapports entre les employeurs et les travailleurs... et donner à chacun une conscience accrue de la communauté d'intérêt qui existe à l'intérieur des entreprises ». Ce procédé tend à juxtaposer au contrat de travail un contrat d'association ; il se rapproche donc fort de la nouvelle technique de l'indexation où le contrat de base est

(8) Cf. les exemples cités par G. RIPERT, *Prêt avec participation aux bénéfices et société en participation*, Ann. Dr. Com., 1905, p. 53, n° 4.

(9) En droit comparé. M. VASSEUR, *loc. cit.*, Rev. Eco., 1955.275. On a remarqué que le domaine privilégié de l'indexation est celui des salaires et que la généralisation de celle-ci se traduit généralement par une hausse des prix.

(10) Ordonnance n° 59-126 du 7 janvier 1959. Cf. aussi le décret d'application n° 59-1014 du 29 août 1959 et la circulaire du 26 novembre 1959, le décret d'application n° 60-475 du 21 mai 1960, et la circulaire du 23 décembre 1960. Cf. G. LEVASSEUR, BRUN et STUBER, *Le guide de l'intéressement*, Paris, 1962.

(11) Article 4 de l'ordonnance du 7 janvier 1959.

tempéré par une sorte d'association en participation. La coïncidence apparaît encore plus nettement si l'on considère la mise en œuvre de cette formule.

385. — L'ordonnance propose aux parties trois contrats types : la participation collective aux résultats de l'entreprise, la participation au capital ou à une opération d'autofinancement et la participation à l'accroissement de la productivité. Or ces formules sont précisément celles que nous avons classées dans le premier groupe des clauses d'indexation. Si la clause de participation aux bénéfices n'a pas été retenue en principe, car en fait rien ne l'interdit, c'est que son application pratique soulèverait de grandes difficultés. En revanche, la clause de participation au chiffre d'affaires, substitut de la précédente, est expressément prévue, de même que la clause de participation à la productivité. Il semble que ce soit cette dernière qui doit avoir le plus grand succès (12).

Ainsi, ce sont les deux formules types les plus pratiques du premier groupe des clauses d'indexation qui ont été retenues pour réaliser l'intéressement des travailleurs à l'entreprise. Travailleurs et capitalistes vont donc être liés à l'entreprise par des conventions présentant des traits communs. C'est l'entreprise qui va se trouver au centre de leurs relations (13).

386. — *L'association dans le cadre de l'entreprise.* Cette manière de resserrer les liens, d'une part entre les travailleurs et l'entreprise, d'autre part entre les capitalistes et l'entreprise, évoque immédiatement l'ancienne théorie de l'association capital-travail développée après la seconde guerre mondiale. « Dépouillé de l'idéologie qui lui donnait un caractère original, mais qui le rendait inacceptable, le projet d'association capital-travail n'offrait plus qu'un système de participation collective du personnel à l'entreprise » (14).

(12) Ainsi G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955, p. 286, estimait que l'intéressement du personnel à la productivité de l'entreprise constitue la meilleure formule car elle permet aux travailleurs de mieux comprendre la nécessité d'un travail productif. En Suisse, la tendance actuelle est de relier au plus près salaire et productivité, de plus en plus le simple salaire au temps est remplacé par des formules d'intéressement. Cf. J. VALARCHÉ, *Le dépassement du salariat sur l'exemple suisse*, Rev. Eco., 1959.388.

(13) Il convient de remarquer cependant que le développement de l'intéressement est assez lent. Outre les quelque 160 accords de productivité « intéressants » environ 63.000 salariés conclus en application des décrets de 1955, on ne relevait, au 1^{er} mars 1961, que 45 contrats touchant 31.000 salariés conclus dans le cadre de l'ordonnance du 7 janvier 1959.

(14) P. DURAND, Dr. Soc., 1959.79. La première application de l'ordonnance a été le fait de la Compagnie Péchiney. Une décision de l'assemblée générale des actionnaires réunie le 23 octobre 1959 a permis d'effectuer une augmentation de capital de 175 millions par incorporation de réserves, augmentation représentant 35.000 actions à répartir entre les membres du personnel de la Compagnie. Sur cet exemple cf. H. ROSSIGNEUX, Dr. Soc., 1960, p. 33.

En fait, on constate que l'association capital-travail n'est pas réalisée directement, mais par l'intermédiaire de l'entreprise considérée comme arbitre entre des intérêts opposés. Capitalistes et travailleurs se trouvent réunis dans la même communauté, dans la même universalité. Ils bénéficient de la prospérité de l'entreprise, ils souffrent de son marasme.

387. — La notion d'entreprise, connue depuis longtemps des économistes (15), prend ainsi un relief tout particulier sur le plan juridique. Des études récentes lui ont d'ailleurs été consacrées (16). « L'évolution sociale a développé la notion d'entreprise qui tend à se rapprocher de celle d'universalité ; le capital, la direction, les cadres, les ouvriers, et les employés concourent à la réalisation d'un but commun : le bon fonctionnement de l'entreprise » (17).

Sans doute la notion d'entreprise diffère-t-elle fondamentalement de celle de société (18) ; il n'en reste pas moins vrai que la poursuite « d'un même but de production donne naissance entre dirigeants et salariés à une solidarité organique » (19). Cette solidarité est même encore plus grande : elle inclut aussi les capitalistes lorsque ceux-ci ont procédé à une indexation interne. Aussi peut-il résulter de la notion d'entreprise ainsi entendue une humanisation des rapports du capital et du travail (20).

Le nouveau régime de l'indexation, s'il est appliqué loyalement, paraît donc pouvoir être fructueux et permettre de résoudre les difficultés qui s'élèvent entre créanciers et débiteurs tant en période de dépréciation monétaire qu'en période de stabilité de la monnaie. Il permettra d'autant plus d'atteindre ce but qu'il est susceptible de favoriser le redressement de l'économie nationale.

Le critère nouveau répond aux nécessités économiques.

L'indexation interne paraît en effet satisfaire aux impératifs que nous avait permis de dégager l'étude des problèmes monétaires et économiques.

(15) PERROUX, *Cours d'économie politique*, Paris, 1944, T. 2, p. 7.

(16) Par exemple : M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Thèse Toulouse. P. DURAND, *La notion juridique de l'entreprise*, Travaux de l'Association Henri Capitant, T. 3, 1947, p. 45. La notion d'entreprise s'étant surtout développée en droit social : Cf. ROUAST et DURAND, *Droit du travail*, Paris, 1957 (Précis Dalloz), n° 144.

(17) H.L.J. MAZEAUD, *loc. cit.*, T. I, n° 295.

(18) M. DESPAX, Enc. Dalloz, Droit social, article Entreprise.

(19) M. DESPAX, Enc. Dalloz, Droit social, article Entreprise.

(20) En ce sens : M. METZLER, *Rapport aux Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1947 (T. III), p. 60 (surtout p. 66).

388. — *Il évite la généralisation de l'indexation.* Avant l'institution officielle de ce régime, et alors qu'il n'était encore qu'une création de la pratique, on avait déjà remarqué que « le recours à l'idée de société avait eu l'incontestable mérite de conduire à restreindre, donc de discipliner le choix des indices » (21). Cela sera encore plus vrai maintenant que le système est généralisé. Toute convention ne pourra plus en effet être indexée, une discrimination va automatiquement s'opérer. En outre, le risque d'accélération du cycle infernal devient bien moindre à partir du moment où toute indexation doit être spécifique puisque la hausse d'un prix ne peut se répercuter sur l'ensemble des obligations et qu'elle peut même être compensée par la baisse d'un autre.

L'indexation ainsi contenue ne peut plus, sauf circonstances extraordinaires, mettre en péril l'existence même de la monnaie. Cette formule permet donc de concilier deux nécessités qui pouvaient paraître incompatibles : un contrôle des indexations et une certaine autonomie des particuliers. Elle oriente les indexations, manifeste la souveraineté de l'Etat en matière monétaire, et cependant assure une certaine liberté aux contractants. Cela était nécessaire dans le nouveau climat économique.

On ne pouvait espérer raffermir la confiance qu'en consacrant un régime admissible par les particuliers. C'est ce que le Gouvernement a très sagement fait. Il a adopté le texte qui lui était proposé par la Chambre des Notaires ; ce texte tient évidemment compte des nécessités pratiques et de la psychologie des contractants que ces officiers ministériels connaissent parfaitement. Cette circonstance peut permettre d'espérer que la réforme sera efficace, qu'elle protégera la monnaie et qu'elle renforcera le crédit.

389. — *L'indexation interne produit un effet anti-inflationniste.* Dès l'époque où la notion d'indexation interne a été dégagée les auteurs ont insisté sur le fait, qu'étant neutre, elle ne pouvait nuire à la stabilité monétaire et qu'elle pouvait avoir un effet heureux sur l'économie par l'orientation qu'elle lui donne.

Elle tend en effet à favoriser les prêts à la production au détriment des prêts à la consommation pour cette raison qu'il est plus facile d'indexer les premiers que les seconds en fonction de l'idée de société. Nous avons vu qu'il est aisé de choisir un indice interne pour les contrats ayant un but de production (bail commercial par exemple), alors qu'il est très délicat d'en découvrir un pour les autres actes (tels que les contrats de rente viagère). Ainsi on constate que, d'une manière assez curieuse, le juridique rejoint l'écono-

(21) M. VASSEUR, *loc. cit.*, D. 1954, chr. 19.

mique. Ce n'est pas un des moindres avantages de la solution proposée.

L'épargne va pouvoir se développer puisque les investissements privés redeviennent possibles. Ainsi l'inflation se trouvera cernée de deux côtés. D'une part, l'épargne reprenant de l'ampleur, la masse monétaire en circulation devrait, toutes choses égales d'ailleurs, décroître, et sa vitesse de circulation se restreindre. D'autre part, cette indexation favorisant avant tout les investissements, devrait permettre d'augmenter le potentiel industriel, donc la masse des biens offerts sur le marché (22). Ainsi le rapport entre la masse des biens offerts et la masse monétaire devrait redevenir plus favorable.

Mais il est bien évident que l'indexation interne ne peut avoir cet effet que si la politique générale des pouvoirs publics est orientée dans le même sens. Elle doit dans son ensemble tendre à rétablir la confiance. Or il ne peut y avoir de confiance que dans la mesure où ne subsiste aucune ambiguïté du type de celle qui régnait avant 1957. L'indexation interne permet justement de donner la sécurité souhaitable, elle répond aux besoins juridiques.

Le critère nouveau répond aux besoins juridiques.

Par suite de sa nature un peu particulière, ce critère se présente à la fois comme un critère matériel et comme un critère formel ; il en cumule les avantages.

390. — *Il s'agit d'un critère matériel.* Cela est certain puisque la notion de société est à l'origine de la nature de ces clauses. Puisqu'il en est ainsi, on ne saurait être surpris que le nouveau régime assure l'équité dans les relations contractuelles. Il laisse aux contractants, et particulièrement aux créanciers, d'assez larges possibilités pour qu'ils puissent échapper aux inconvénients des fluctuations monétaires. Il protège d'autre part les débiteurs car leur dette ne pourra varier que proportionnellement à leurs ressources.

On peut admettre que ce critère assure une équité et une justice très suffisantes (23). Mais une critique demeure cependant possible :

(22) En ce sens : H. GUITTON, *loc. cit.*, Rev. Eco., 1955.206 : « L'indexation interne... recouvrerait un contrat de société. Ce qui justifie ainsi aux yeux de plusieurs juristes la valeur de la clause d'échelle mobile, la justifierait aussi aux yeux des économistes comme participation à une croissance qu'elle contribuerait à rendre possible au départ en favorisant les investissements. » M. VASSEUR, *loc. cit.*, in *Etudes de droit contemporain*, p. 11, est plus réservé : « Qu'on ne s'illusionne pas cependant ; le problème clef de l'ajustement de l'offre à la demande n'est pas résolu pour autant parce qu'on aura fait passer un certain nombre de créanciers dans la catégorie des associés. »

(23) En ce sens : DELMAS SAINT-HILAIRE, *loc. cit.*, n° 56 : « Ce texte n'a fait que consacrer, à quelques nuances près, les solutions que, pour des raisons d'équité, la jurisprudence avait antérieurement dégagées. »

vouloir faire du créancier un associé (même de second rang), n'est-ce pas l'obliger à se placer sur le terrain de la spéculation ? Or le but poursuivi par celui-ci est d'assurer la stabilité de son pouvoir d'achat ; cela paraît incompatible avec la notion de spéculation. En réalité, la critique ne paraît pas fondée. En effet, en période de stabilité monétaire, il suffit au créancier qui veut assurer son pouvoir d'achat, de se placer sur le terrain nominaliste alors que, en période de dépréciation monétaire, le valorisme fondé sur la notion de société assure une protection suffisante des revenus du créancier. Le besoin de justice est ainsi satisfait, il l'est d'ailleurs en même temps que le besoin de sécurité.

391. — *Il s'agit d'un critère formel.* Sans doute peut-il paraître *a priori* paradoxal d'affirmer que le critère tiré de la notion de société est un critère formel. En réalité, il n'en est rien. Si l'on admet avec nous que les clauses d'indexation peuvent être classées selon une échelle qui conduit des clauses purement monétaires à la clause de participation aux bénéfices, et que l'ordonnance a déterminé le degré à partir duquel les clauses sont valables, il ne fait pas de doute que ce texte supprime toute indétermination et tranche de la manière la plus claire entre les clauses licites et les clauses prohibées. Le simple examen de la clause suffit à la classer parmi les clauses valables ou nulles sans qu'il y ait à s'attacher aux circonstances qui ont pu causer son adoption. Si certaines difficultés d'application peuvent apparaître, ce n'est que dans des cas limites et relativement rares.

Même si ce critère peut, à certains égards, ne pas paraître parfait, il est incontestable qu'il constitue un immense progrès par rapport aux solutions antérieurement admises. Aucun autre n'avait pu raisonnablement satisfaire à la fois aux besoins politiques, économiques et juridiques, aucun autre n'avait pu répondre à la fois aux besoins de justice et de sécurité.

Vu,

Le Président de la thèse :
H. MAZEAUD.

Vu,

Le Doyen de la Faculté de Droit
et des Sciences Economiques de Paris :
G. LE BRAS.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris :
J. SARRAILH.

Bibliographie

I. — OUVRAGES LE PLUS FREQUEMMENT CITES

- BATIFFOL (H.) : *Traité élémentaire de droit international privé* (3^e éd.), Paris, 1959.
- BAUDIN (L.) : *Manuel d'économie politique*, T. 2, 2^e éd., Paris, 1957.
- BÉCHADE (Y.) : *La révision des rentes viagères à l'échelle mobile*, Thèse, Paris, 1957.
- BERTIN (Ph.) : *Les clauses d'échelle mobile*, Thèse, Paris, 1953.
- BESSE (P.) : *Institutions et mécanismes monétaires*, Cours de l'I.E.P., 1958-1959.
- BEUDANT (Ch.) : *Cours de droit civil français*, T. VIII avec la collaboration de G. Lagarde, Paris, 1936, n^{os} 499 et suiv.
- CARBONNIER (J.) : *Cours de droit civil*, T. II, P.U.F., 1^{re} éd., 1957, 2^e éd., 1959 et 3^e éd., 1962.
- CATALA (P.) : *Les règlements successoraux depuis les réformes de 1938 et l'instabilité monétaire*, Thèse, Montpellier, 1954.
- COLIN-CAPITANT : *Traité de droit civil*, par L. Julliot de la Morandière, T. II, Paris, 1959.
- COLOMER (A.) : *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux*, Thèse, Paris, 1953.
- DURIEUX (Ph.) : *Les prêts indexés*, Thèse, Paris, 1956.
- DURIEUX (Ph.) et PRÉCIGOUX (A.) : *Précis formulaire des prêts indexés*, Paris, 1958.
- FOURASTIÉ (J.) et FONTAINE (Cl.) : *Documents pour l'histoire et la théorie des prix*, Paris, 1958.
- GUITTON (H.) : *Economie politique*, T. II, Paris, 1957 (Précis Dalloz).
- HAMEL (J.) : *Recherches sur la théorie juridique de la monnaie*, Cours de droit civil approfondi, 1938-1939.
- *La théorie juridique de la monnaie*, Cours de droit civil approfondi, 1940-1941.
- *Cours de droit commercial*, licence 3^e année, 1956-1957.
- HAMEL (J.) et LAGARDE (G.) : *Traité de droit commercial*, T. I, Paris, 1954.
- HUBRECHT (G.) : *La dépréciation monétaire et la stabilisation, leurs effets sur l'exécution des obligations*, Thèse, Strasbourg, 1928.
- JEAN-FRANÇOIS (J.) : *L'indexation dans les contrats et les décisions judiciaires*, Thèse, Rennes, 1959.
- JÈZE (G.) : *Les principes généraux du droit administratif*, T. IV (2), 3^e éd., Paris, 1936.

- LALOU (H.) : *Traité pratique de la responsabilité civile* (5^e éd.), Paris, 1955.
- LAUBADÈRE (A. de) : *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, T. II, Paris, 1956.
- LEREBOURS-PICEONNIÈRE (P.) : *Précis de droit international privé*, 7^e éd., par Y. Loussouarn, Paris, 1959 (Précis Dalloz).
- LEVY-BRUHL (H.) : *Aspects sociologiques du droit*, Paris, 1955.
- MANN (F.A.) : *The legal aspect of money*, 2^e éd., Oxford, 1953.
- MARCHAL (J.) : *Cours d'économie politique*, Licence, 2^e année, 1958-1959.
- MAZEAUD (H.) : *Cours de droit civil*, licence 2^e année, 1955-1956.
- MAZEAUD (H.L. et J.) : *Leçons de droit civil*, T. 2, Paris, 1956.
- MAZEAUD (H. et L.) et TUNC (A.) : *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, T. III, Paris, 1960.
- MÉNARD (E.) : *L'assurance à indice variable*, Paris, 1945.
- MOSSE (R.) : *La monnaie*, Paris, 1950.
- NUSSBAUM (A.) : *Money in the law national and international*, Brooklyn, 1950.
- PÉDAMON (M.) : *Les incidences de la réforme monétaire de 1948 sur le droit interne des obligations en Allemagne occidentale*, Paris, 1956 (Thèse, Poitiers, 1954).
- PENCIULESCO (N.) : *La monnaie de paiements dans les contrats internationaux ; le droit français et le droit roumain, étude et comparaison*, Thèse, Paris, 1937.
- PLANIOL et RIPERT : *Traité pratique de droit civil français*, T. VII (2^e partie), 2^e éd., Paris, 1954, par Radouant.
- POTHIER : *Traité du contrat de constitution de rente*, 1763.
— *Traité du contrat de prêt de consommation*, 1766.
- RABEL (E.) : *The conflict of laws*, T. III, Chicago, 1950.
- REUTER (P.) : *Cours d'organisations européennes*, Cours de doctorat, 1958-1959.
- RIPERT (G.) et BOULANGER (J.) : *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, T. II, Paris, 1957.
- RIPERT (G.) : *Traité de droit commercial*, T. I, 4^e éd., par P. Durand et R. Roblot, Paris, 1959.
- RIST (M.) : *L'échelle mobile dans les contrats et dans les jugements*, Thèse, Paris, 1953.
- ROUBIER (P.) : *Le droit transitoire* (2^e éd.), Paris, 1960.
- SAVIGNY : *Le droit des obligations*, traduction de C. Gérardin et P. Jozon, 2^e éd., Paris, 1873, T. II.
- SCHKAFF (E.) : *La dépréciation monétaire, ses effets en droit privé*, Thèse, Paris, 1925.
- SÉDILLOT (R.) : *L'A.B.C. de l'inflation* (Tribune libre, n° 24).
- TOULEMON (A.) : *La stabilisation monétaire*, Paris, 1959.
- TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, T. VIII, Paris, 1955.
- VAN HECKE : *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, Lede, 1955.
- WALINE (M.) : *Droit administratif*, 7^e éd., Paris, 1957.

II. — ARTICLES ET NOTES LE PLUS FREQUEMMENT CITES

- BACH (E.L.) : *Influence de la dépréciation monétaire sur les rapports de droit international privé*, in *Etudes de droit privé sous la direction de P. Durand*, Paris, 1961, p. 311.

- BARRÈRE (J.) : *Influence de la dépréciation monétaire sur les obligations alimentaires*, in *Etudes de droit privé sous la direction de P. Durand*, Paris, 1961, p. 35.
- BÉCHADE (Y.) : *La révision légale des rentes privées en 1960*, J.C.P., 1960.I.1545.
- BÉRAUD (R.) : *L'indexation des rentes viagères et l'ordonnance du 4 février 1959*, Ann. Loy., 1959.685.
- BESSON (Antonin) : *Conclusions sous Cass. Civ. (1^{re} sect. civ.), 27 juin 1957*, J.C.P., 1957.II.10.093 bis.
- CAPITANT (H.) : *Du sort du contrat contenant une clause annulée comme contraire aux lois sur le cours légal et le cours forcé du billet de banque*, D.H., 1927, chr. 1.
- CARBONNIER (J.) : *Introduction*, in *Etudes de Droit privé sous la direction de P. Durand*, Paris, 1961.
- COMBALDIEU (R.) : *Note sous Paris*, 18 mars 1957, J.C.P., 1957.II.9940.
- DECOCQ (A.) : *Influence de la dépréciation monétaire sur le droit commercial et le droit fiscal des affaires*, in *Etudes de Droit privé sous la direction de P. Durand*, Paris, 1961, p. 257.
- DEFRÉNOIS (J.) : *L'article 79 de la loi de finances et les clauses d'échelle mobile*, Rép. Not., 1959, art. 27.756.
- *Le nouvel article 79 de la loi de finances et les clauses d'échelle mobile*, Rép. Not., 1959, art. 27.762.
- *L'article 79 de la loi de finances et les clauses d'échelle mobile*, Rép. Not., 1959, art. 27.852.
- DELMAS SAINT-HILAIRE (J.-P.) : *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Etudes de Droit privé sous la direction de P. Durand, Paris, 1960.
- DUMAS (A.) : *Article : Intérêt et usure*, dictionnaire de droit canonique, T. V, col. 1475.
- COCATRE-ZILCIEN (M.) : *La garantie des emprunts publics contre la dépréciation monétaire*, Rev. dr. pub., 1960.320.
- ESMEIN (P.) : *Le prêt d'argent avec clause d'échelle mobile*, G.P., 1951.II, doct. 2.
- *La variation du montant des dettes de sommes d'argent en fonction d'un indice économique*, G.P., 1952.II, doct. 2.
- *La validité du prêt d'argent indexé*, G.P., 1957.II, doct. 49.
- *L'interdiction de certaines clauses d'indexation des dettes de sommes d'argent*, G.P., 1959.I, doct. 18.
- *Indexations permises et indexations prohibées*, G.P., 1959.I, doct. 33.
- *Note sous Paris (5^e Ch.), 2 décembre 1960*, J.C.P., 1961.II.11927.
- FAU et DEBEAURAIN : *Indexations prohibées, indexations permises*, Ann. Loy., 1959.233 et 1960.81.
- FRANÇON (A.) : *Les types récents d'obligations dans les sociétés*, R.T.D. Com., 1954.513.
- FRÉJAVILLE (M.) : *Les clauses d'échelle mobile*, D. 1952, chr. 31.
- *Note sous Cass. Com., 12 mars 1952*, D. 1952.337.
- *Note sous Cass. Soc., 2 avril 1952*, J.C.P., 1952.II.6974.
- GENDREL (M.) : *Influence de la dépréciation monétaire sur le droit de la responsabilité*, in *Etudes de droit privé sous la direction de P. Durand*, Paris, 1961, p. 143.
- GÉNY (F.) : *La validité juridique de la clause payable en or*, R.T.D.C., 1926.557.
- *Cours légal et cours forcé en matière de monnaie et de papier-monnaie*, R.T.D.C., 1928.5.
- GOLDMAN (B.) : *Note sous Civ., 24 janvier 1956*, Clunet, 1956.1012.
- GUITTON (H.) : *Le problème économique de l'indexation*, Rev. Eco., 1955, p. 187.

- HAMEL (J.) : Note sous Cass. civ., 21 juin 1950, D. 1951.749.
 — *Les formules nouvelles de financement par appel au public*, D. 1952., doct. 161.
 — *Les clauses d'échelle mobile et le droit monétaire français*, Rev. Eco., 1955, p. 167.
- HÉBRAUD (P.) : *L'instabilité monétaire et les règlements d'intérêts familiaux*, in *Mélanges Ripert*, T. I, p. 499.
- HUBRECHT (G.) : *L'extension au prêt de la validité de la clause d'échelle mobile*, G.P., 1957.II, doct. 30.
 — Note sous Trib. Gde Inst. Perpignan, 22 décembre 1959, J.C.P., 1960.II.11610.
- JAMES (E.) : Article liminaire de la Rev. Eco., 1955, n° 2, p. 162.
- KUHNMUNCH (O.) : *Influence de la dépréciation monétaire sur le patrimoine familial*, in *Etudes de droit privé sous la direction de P. Durand*, Paris, 1961, p. 191.
- LABBÉ : Note sous Cass. civ., 11 février 1873, S. 1873.I.97.
- MARNIERRE (E.S. de la) : *La clause d'indexation*, J.C.P., 1959.I (E.N.), 1493 (E.G.) 1510.
 — Note sous Paris, 4 juillet 1959, D. 1960.317.
- LEHNARDT (A.) : *Les clauses d'indexation*, Quest. Prud., 1959, p. 358.
- LENOAN (R.) : Note sous Cass. Civ., 24 janvier 1956, D. 1956, p. 317.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.) : *A propos du contrat international*, Clunet, 1951, p. 4.
- LÉVY (J.-Ph.) : *Clauses d'échelle mobile et prêts d'argent*, J.C.P., 1950, chr. 840.
 — *Les prestations en monnaie dévaluée* (1950), in *Etudes de droit contemporain*, T. XV (2), Paris, 1959, p. 125.
 — Note sous Cass. Civ., 21 juin 1950, J.C.P., 1950.II.5812.
 — *Après l'arrêt du 27 juin 1957, l'échelle mobile, les clauses monétaires*, J.C.P., 1957.I.1381.
 — *Après le tournant financier de fin 1958 (la monnaie, les obligations et les paiements)*, J.C.P., 1959.I.1472.
- MALAURIE Ph.) : Note sous Cass. Com., 4 novembre 1958, D. 1959.361
- MALIGNAC (G.) : *Indexations permises, indexations tolérées, indexations illicites*, Dr. Soc., 1959, p. 397.
- MATTER (P.) : Conclusions sous Cass. Civ., 17 mai 1927, D. 1928.I.25.
- MAZEAUD (H.) : *Les rentes « flottantes » et la réparation des accidents*, D. 1951, doct. 17.
- MIHURA (J.) : Observations sous Cass. Civ., 3 novembre 1953, J.C.P., 1953.II.7840.
- NOIREL (J.) : *Influence de la dépréciation monétaire sur les contrats de droit privé*, in *Etudes de droit privé sous la direction de P. Durand*, Paris, 1961, p. 69.
- NOCARO (B.) : *La clause payable en or*, R.T.D.C., 1925, p. 5.
- OURLIAC (P.) et de JUGLART (M.) : *Le décret du 7 janvier 1959 sur les prix des baux à ferme*, J.C.P., 1959.I.1501.
- PAGE (L.) : *Indexations*, Jour. Not., 1959, article 45.775.
 — *A propos des indexations*, Jour. Not., 1959, article 45.986.
- PÉDAMON (M.) : *Le régime contemporain des clauses monétaires*, D. 1958, chr. 101.
- RABINOVITCH (L.A.) : Note sous Cass. Civ., 21 décembre 1954, R.C.D.I.P., 1956.663.
 — *Indexations et cours forcé*, G.P., 1960.II, doct. 70.
- RIPERT (G.) : Note sous Cass. Civ., 27 juin 1957, D. 1957.649.
- RODIÈRE (R.) : Note sous Paris, 22 avril 1950, J.C.P., 1950.II.5728.
- ROUAST (A.) : Note sous Orléans, 25 mars 1949, D. 1949.J.247.
- SALLERON (L.) : *L'or a-t-il un sens ?* Banque, 1960.277.

- SAVATIER (J.) : *La théorie de l'imprévision dans les contrats* (1950) in *Etudes de droit contemporain*, T. XV (2), Paris, 1959, p. 1.
- SAVATIER (R.) : Note sous Cass. Soc., 2 mai 1952, D. 1952.413.
- Note sous Cass. Civ., 3 novembre 1953, D. 1954.1.
 - *La nouvelle législation des indexations*, D. 1959, doct. p. 63.
 - Note sous Paris, 4 mars 1960, D. 1960.767.
- TOULEMON (A.) : *L'évolution de la jurisprudence en matière d'échelle mobile*, G.P., 1951.II, doct. 32.
- *La réparation du préjudice et les rentes révisables*, G.P., 1950.I, doct. 47.
 - *Les étapes de la jurisprudence en matière d'échelle mobile*, R.T.D. Com., 1958.687.
- TRASBOT (A.) : *La dévaluation monétaire et les contrats de droit privé*, in *Mélanges Ripert*, T. 2, p. 159.
- VASSEUR (M.) : *Le droit des clauses monétaires et les enseignements de l'économie politique*, R.T.D.C., 1952.431.
- « Echelle mobile 53 », D. 1954, chr. 1.
 - *Les clauses relatives à la monnaie de paiement et les clauses d'échelle mobile dans les contrats* (1954), in *Etudes de droit contemporain*, T. XV (2), Paris, 1959, p. 11.
 - *L'indexation à l'étranger*, Rev. Eco., 1955, p. 275.
- VIAUX (H.) : *L'indexation des valeurs mobilières dans la pratique*, Rev. Eco., 1955, p. 249.

Table alphabétique

Actes unilatéraux, n° 268 et suiv.
 Activité des parties, n° 230.
 Agriculture (prix agricoles), n° 257.
 Aliments (dette d'), n° 248 et suiv.
 Article 1895, C. civ., n° 60, 106.
 Article R 30 11°, C. pén., n° 59.
 Article 79, ord. 30-12-58, texte n° 122.
 Article 14, ord. 4-2-59, texte n° 123.
 Assurances, n° 128, 237 et 371.

Bail à nourriture, n° 5, note 8, n° 220.
 Blé, n° 273.
 Blocage de la clause, n° 373.

Cautionnement, n° 286.
 Clause d'échelle mobile (définition),
 n° 10.
 Clause denrée nature, n° 5.
 Clause de participation aux bénéfices,
 n° 151, 168.
 Clause de réciprocité, n° 131, 283
 et suiv.
 Clause de révision, n° 9, 198, 226.
 Clause de variation minimum, n° 281.
 Clause d'indexation sur le chiffre d'affaires,
 n° 152, 168.
 Clause d'indexation sur la productivité,
 n° 153, 168.
 Clause d'indexation sur l'activité du débiteur,
 n° 155, 169.
 Clause d'indexation sur l'activité du créancier,
 n° 156, 170, 234.
 Clause d'indexation sur un indice général
 de production, n° 171.
 Clause d'indexation sur le coût de la vie,
 n° 159, 171.
 Clause indicielle (définition), n° 10.
 Clause monétaire (définition), n° 10.
 Clause or ou monnaie étrangère n° 67,
 94, 176.

Clause valeur denrée, n° 10.
 Clause valeur or ou monnaie étrangère,
 n° 95, 160, 172, 201.
 Collectivités publiques (emprunts),
 n° 73, 132.
 Compensation, n° 199.
 Compétence juridictionnelle, n° 309.
 Consignation, n° 295.
 Constitution, n° 108 et suiv.
 Contrat de mariage, n° 241.
 Contrat international (notion), n° 327.
 Contrat international (régime), n° 339.
 Contrôle des changes, n° 344 et suiv.

Date de conversion, n° 290 et 342.
 Date d'évaluation, n° 103, 178, 204.
 Dépréciation monétaire (mesure), n° 27
 et suiv.
 Dévaluation monétaire, n° 28.
 Disparition de l'indice de référence,
 n° 300.
 Donations, n° 239.
 Dot, n° 241.
 Droit administratif, n° 71, 91, 129.
 Droit comparé, n° 378 et suiv.
 Droit fiscal, n° 310.

Enrichissement sans cause, n° 207.
 Epargne construction, n° 73.
 Erreur dans l'indication de la référence,
 n° 298.
 Erreur des juges du fond dans le calcul
 de la dette, n° 309, note 170.

Franc (histoire), n° 19 et suiv.
 Franc (nouveau franc), n° 25.
 Hypothèque, n° 287.

Imprévision (en général), n° 91, 191.

- Imprévision (en matière d'indexation), n° 275.
 Indexation interne, n° 126.
 Inflation (processus), n° 32.
 Intéressement des travailleurs, n° 384.
 Intérêts, n° 197, 280.
 Interprétation de la clause, n° 276.

 Jugements et arrêts, n° 265.

 Lésion, n° 203.
 Louage (baux à loyer), n° 234, 262, 367.
 Louage (baux commerciaux), n° 235, 367, n° 285, note 132.
 Louage (baux à ferme), n° 260, 367.
 Louage de service, n° 236, 367.

 Marché à forfait, n° 196, 198.
 Marché commun, n° 116 et suiv.
 Ministère public, n° 314, note 185.
 Monnaie (fonctions), n° 14.
 Monnaie (théories de la), n° 15 et suiv.

 Nantissement, n° 288.
 Navire (construction, réparation), n° 339.
 Niveau général des prix, n° 231.
 Nominalisme, n° 60, 183.
 Notaires, n° 289.
 Novation, n° 285, 299.
 Nullité, n° 313 et suiv.
 Objet de la convention, n° 229.
 Obligation naturelle, n° 317.
 Obligation réciproque à exécution successive, n° 365.
 Offres réelles, n° 294.
 Or, n° 16, 180.

 Paiement de l'indu, n° 206.
 Partage, n° 203.
 Préjudice résultant de la dépréciation monétaire, n° 205.
 Prescription, n° 314.
 Prêt, n° 84, 238, 372.
 Prêt de valeurs mobilières, n° 227.
 Publication de l'indice (interruption), n° 300.

 Réciprocité, n° 131, 283.
 Récompenses, n° 244.
 Relation directe, n° 230 bis.
 Rentes indemnitaires, n° 208, 265.
 Rentes viagères, n° 245, 369.
Res mobilis, res vilis, n° 5.
 Responsabilité civile, n° 103, 204, 208, 265.
 Retraite, n° 370.

 S.M.I.G., n° 73, 253.
 Sécurité sociale, n° 133.
 Soultès, n° 270.
 Substitution d'indice, n° 302.

 Taxation des prix, n° 306.
 Testament, n° 269.

 Usufruit du conjoint survivant, n° 272.
 Usure, n° 197.

 Valorisme (degrés), n° 246.
 Vente, n° 232, 368.

Table des Matières

INTRODUCTION	I
<i>Chapitre préliminaire.</i> — LES DONNÉES MONÉTAIRES ET ÉCONOMIQUES	9
I. — <i>Les données monétaires</i>	15
§ 1. Le régime juridique et économique du franc	16
A. — Le franc de Germinal	16
B. — La Guerre de 1870	17
C. — La première guerre mondiale	18
D. — La tentative de stabilisation de 1928	19
E. — Le franc flottant	20
F. — La tentative de stabilisation de 1958	21
§ 2. La mesure de la dépréciation du franc	22
A. — D'après la conception métalliste	23
B. — D'après la conception étatiste	24
C. — D'après la conception psycho-sociologique	25
II. — <i>Les enseignements de l'économie politique</i>	29
§ 1. Le processus inflationniste	29
A. — Les causes du processus inflationniste	29
B. — Le développement du processus inflationniste	31
§ 2. Influence des clauses d'indexation sur l'économie et la monnaie	32
A. — L'indexation généralisée	33
B. — L'indexation partielle en période d'inflation ouverte.	34
C. — L'indexation partielle hors de l'inflation ouverte	36
§ 3. Les conditions d'efficacité des clauses d'indexation	37
A. — La protection de la monnaie	37
B. — La sauvegarde de la vie économique	39

PREMIÈRE PARTIE

THEORIE GENERALE DE L'INDEXATION	43
<i>Chapitre premier.</i> — HISTOIRE DE L'INDEXATION ET DES THÉORIES MONÉTAIRES.	45
L'évolution antérieure à la rédaction du Code civil	46
J.-P. DOUCET	19

I. — <i>La législation</i>	53
§ 1. Les textes classiques	53
A. — L'article 1895 est-il général ou spécial au prêt ?	54
B. — L'article 1895 est-il impératif ou supplétif ?	56
§ 2. L'évolution postérieure au Code civil	58
§ 3. Les textes spéciaux	60
II. — <i>La doctrine</i>	62
§ 1. Les adversaires des clauses d'indexation	63
A. — M. le Professeur Vasseur	63
B. — M. le Doyen Carbonnier	64
C. — M. le Procureur général Besson	66
§ 2. Les partisans des clauses d'indexation	67
A. — MM. les Professeurs H. et L. Mazeaud	67
B. — M. le Professeur Esmein	69
C. — M. le Professeur J.-Ph. Lévy	70
§ 3. Les tentatives de conciliation	71
A. — Les critères formels	71
B. — Les critères matériels	72
III. — <i>La jurisprudence</i>	75
§ 1. Première période (jusqu'en 1939)	75
A. — Le valorisme <i>a posteriori</i> (l'imprévision)	75
B. — Le valorisme contractuel (l'indexation)	78
§ 2. Deuxième période (de 1939 à 1957)	80
§ 3. Troisième période (depuis 1957)	85
IV. — <i>Les réformes de 1958 et 1959</i>	87
§ 1. La Constitution du 4 octobre 1958	87
A. — Les textes généraux	87
B. — La décision du Conseil Constitutionnel du 27 novembre 1959	88
C. — Les articles 92 et 38 de la Constitution	91
§ 2. Le Traité de Rome	91
A. — L'économie du Traité de Rome en matière monétaire.	92
B. — L'application du Traité	93
§ 3. Les ordonnances du 30 décembre 1958 et du 4 février 1959.	94
<i>Chapitre II. — NOUVEAU CRITÈRE DE VALIDITÉ ET NATURE JURIDIQUE DE L'INDEXATION</i>	97
La genèse du critère	98
I. — <i>L'indexation interne et la notion de société</i>	102
§ 1. La nature propre de la société	103
§ 2. Contrat de société et autres contrats synallagmatiques	106
II. — <i>L'indexation interne et la nature juridique de l'indexation</i>	109
§ 1. L'échelle des clauses	109
§ 2. L'influence des clauses d'indexation sur les conventions	114
III. — <i>L'indexation interne et les ordonnances de 1958 et 1959</i>	117
<i>Chapitre III. — L'INDEXATION ET LE SYSTÈME MONÉTAIRE FRANÇAIS</i>	123
I. — <i>Les textes monétaires récents et la théorie de la monnaie</i>	123

§ 1. Le franc instrument d'évaluation	124
A. — Le choix d'une monnaie de compte	125
B. — La détermination de la date d'évaluation	126
§ 2. Le franc réservoir de valeur	127
II. — <i>Influence des textes monétaires récents sur le régime des paiements</i>	129
§ 1. Le valorisme contractuel	132
A. — Le choix de la valeur nominale (condamnation de l'imprévision)	132
B. — Le choix de la valeur marchande	135
§ 2. Le valorisme judiciaire	139
A. — La dépréciation monétaire antérieure au jugement ...	140
B. — La dépréciation monétaire postérieure au jugement ..	144

DEUXIÈME PARTIE

LE REGIME JURIDIQUE DES CLAUSES D'INDEXATION ...	153
--	-----

<i>Chapitre premier</i> — LE RÉGIME JURIDIQUE DES CLAUSES D'INDEXATION DANS LES PAIEMENTS INTERNES	155
--	-----

I. — <i>Les conditions de validité</i>	155
--	-----

§ 1. Le régime général (l'article 14, § 1)	156
A. — Le domaine d'application de l'article 14, § 1	156
B. — Application de l'article 14, § 1 (contrats de vente, de louage, d'assurance, de prêt, de donation, de mariage, de rente viagère)	158
§ 2. Le régime applicable aux dettes d'aliments	169
§ 3. Les régimes spéciaux applicables à certaines conventions ..	172
A. — Les alinéas 1 et 2 de l'article 79	173
B. — Les textes pris en application des articles 37, 38 et 92 de la Constitution (prix agricoles, baux à ferme et baux d'habitation)	175
§ 4. Le régime applicable aux actes non régis par les textes ...	181
A. — Les décisions de justice	181
B. — Les actes unilatéraux	184

II. — <i>Les modalités de l'indexation</i>	187
--	-----

§ 1. Le choix de l'indice	187
§ 2. Les modes de rattachement	190
§ 3. La clause de variation minimum	192
§ 4. La clause de réciprocité	193

III. — <i>La mise en œuvre de l'indexation</i>	195
--	-----

§ 1. L'insertion ou la suppression d'une clause d'indexation dans un contrat en cours	195
§ 2. Les sûretés garantissant les obligations indexées	196
§ 3. La date de conversion	199
§ 4. Les incidents affectant le jeu de la clause d'indexation ...	202
A. — La disparition de l'indice	203
B. — La taxation des prix	207

§ 5. L'action en justice	208
§ 6. Le régime fiscal de l'indexation	210
IV. — <i>Les sanctions</i>	211
§ 1. Caractère de la nullité	211
§ 2. Les effets de la nullité sur le régime des paiements	213
§ 2. Les effets de la nullité sur l'acte	215
<i>Chapitre II. — LE RÉGIME JURIDIQUE DES CLAUSES D'INDEXATION DANS LES PAIEMENTS INTERNATIONAUX</i>	221
I. — <i>La théorie classique</i>	222
§ 1. La notion de contrat international	222
A. — La conception classique	223
B. — Justification	226
§ 2. La mise en œuvre de l'indexation dans les contrats inter- nationaux	229
A. — Le choix de la clause	229
B. — L'exécution de la clause	230
II. — <i>Le droit monétaire et le contrôle des changes</i>	233
§ 1. La jurisprudence	234
A. — Prééminence du droit monétaire classique	234
B. — Place faite par la jurisprudence à la législation des changes	236
§ 2. La doctrine	238
A. — Les adversaires de la jurisprudence	238
B. — Les partisans de la jurisprudence	239
III. — <i>L'ordonnance du 4 février 1959 et les paiements internationaux.</i>	241
§ 1. La thèse de l'application de l'article 14 aux paiements internationaux	242
§ 2. Non application de l'article 14 aux paiements internationaux.	243
<i>Chapitre III. — LE RÉGIME TRANSITOIRE</i>	245
I. — <i>Les actes antérieurs au 1^{er} janvier 1959</i>	246
§ 1. Signification de l'article 14, § 2	247
§ 2. Domaine d'application de l'article 14, § 2	248
§ 3. Effets de l'article 14, § 2	251
II. — <i>Les actes passés entre les deux ordonnances</i>	254
CONCLUSION	256
BIBLIOGRAPHIE	265
TABLE ALPHABÉTIQUE	271

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

PARIS -- 989

Dépôt légal : 1^{er} Trimestre 1965

Printed in France

IMPRIMERIE R. VANÇON

77, rue du Cardinal-Lemoine

PARIS (5^e)

N° 122

8-1-65

